

**Diskrimineringsvern-  
Trossamfunnets adgang til å forskjellsbehandle  
kvinner ved ansettelse**

Kandidatnummer: 528

Leveringsfrist: 25.november 2008

Til sammen 16290 ord

25.11.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>AKTUALITET OG TEMA FOR AVHANDLINGEN</u></b>	<b><u>4</u></b>
1.1	Problemstilling	5
1.2	Avgrensning	5
1.3	Begrepsavklaring	6
1.3.1	Diskrimineringsvern eller vern om forskjellsbehandling?	6
1.3.2	Arbeidstaker	7
1.3.3	Arbeidsgiver	7
1.3.4	Trossamfunn	7
1.3.4.1	Statistikk	9
1.4	Rettskilder	10
1.4.1	Forvaltningspraksis	10
1.5	Den videre fremstilling	12
<b><u>2</u></b>	<b><u>GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER</u></b>	<b><u>13</u></b>
2.1	Styringsrett	13
2.2	Diskrimineringsvern	14
2.2.1	Historikk	14
2.2.1.1	Kvinneres likestillingshistorikk	16
2.2.1.1.1	Situasjonen i dag	18
2.2.2	Hva er diskrimineringsvern?	18
2.2.3	Virkeområde	20
2.2.3.1	Håndheving av diskrimineringslovgivningen	21
<b><u>3</u></b>	<b><u>GJELDENDE RETT</u></b>	<b><u>23</u></b>
3.1	Likestillingslovens forbud mot diskriminering	23

3.1.1	Generelt om forbudet.....	23
3.1.2	Lovens virkeområde .....	23
3.1.3	Tolkningsspørsmål.....	24
3.1.4	Kjønn .....	25
3.1.5	Delt bevisbyrde.....	26
3.1.6	Diskrimineringsvernet i et internasjonalt lys .....	27
3.1.6.1	FNs kvinnekonvensjon.....	27
3.1.6.2	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter .....	30
3.1.6.3	EMK artikkel 14.....	30
3.1.6.4	EU rett og EØS-avtalen.....	31
<b>3.2</b>	<b>”(...) med unntak av indre forhold i trossamfunn”.....</b>	<b>32</b>
3.2.1	Bakgrunn .....	32
3.2.1.1	Særlig om Den norske kirke.....	32
3.2.1.2	Hvorfor er trossamfunn unntatt fra likestillingsloven?.....	34
3.2.2	Religionsfrihet .....	34
3.2.2.1	Religionsfrihet i trossamfunnsloven.....	37
3.2.2.2	Individuell og kollektiv religionsfrihet.....	38
3.2.2.3	Religionsfriheten i et internasjonalt lys.....	39
3.2.3	”(...) indre forhold” .....	41
3.2.3.1	Religiøs begrunnelse .....	42
3.2.3.2	Påberopelse av unntaket .....	46
3.2.3.3	Snever unntaksadgang.....	47
3.2.4	Virkninger av likestillingsloven § 2.....	48
<b>3.3</b>	<b>Det ulovfestede unntak fra forskjellsbehandling i likestillingsloven.....</b>	<b>49</b>
<b>3.4</b>	<b>Revisjonsforslag .....</b>	<b>49</b>
<b>3.5</b>	<b>Trossamfunn som arbeidsgiver.....</b>	<b>50</b>
3.5.1	Arbeidsgivers ansvar .....	51
3.5.2	Hvem er arbeidsgiver i trossamfunnet? .....	51
<b>3.6</b>	<b>Sammenlignet med nordisk rett.....</b>	<b>53</b>
3.6.1	Unntak fra kjønnsdiskriminering i de nordiske land.....	53
3.6.1.1	Sverige .....	53
3.6.1.2	Danmark.....	54

3.6.1.3	Finland .....	55
<b>4</b>	<b><u>KVINNER OG HOMOFILE I TROSSAMFUNN NOU 2008:1 .....</u></b>	<b>57</b>
<b>4.1</b>	<b>Bakgrunn og innhold.....</b>	<b>57</b>
<b>4.2</b>	<b>Handlingsrom etter internasjonale menneskerettigheter .....</b>	<b>58</b>
<b>4.3</b>	<b>Om unntaket kan forankres i det generelle unntaket i likestillingsloven .....</b>	<b>59</b>
<b>4.4</b>	<b>Nytt lovforslag .....</b>	<b>59</b>
4.4.1	Medfører lovforslaget endring av gjeldende rett?.....	60
4.4.1.1	Forholdsmessighetsvurderingen etter nytt lovforslag.....	61
4.4.1.1.1	Anvendelsesområde.....	61
4.4.1.1.2	Saklig formål – religiøst begrunnet .....	61
4.4.1.1.3	Nødvendig .....	62
4.4.1.1.4	Forholdsmessig.....	62
4.4.1.2	Konklusjon.....	63
<b>5</b>	<b><u>VURDERINGSDEL – EN SAMMENLIGNING AV GJELDENE RETT OG NYTT LOVFORSLAG .....</u></b>	<b>64</b>
<b>5.1</b>	<b>Unntaket i likestillingsloven § 2 etter gjeldende rett .....</b>	<b>64</b>
5.1.1	Uavklarte problemstillinger .....	64
5.1.2	Hvorfor er bestemmelsen uklar?.....	66
<b>5.2</b>	<b>Vil det nye unntaket i likestillingsloven § 2 oppklare problemstillingene?.....</b>	<b>66</b>
<b>5.3</b>	<b>Diskrimineringsvern vs. religionsfriheten .....</b>	<b>67</b>
<b>6</b>	<b><u>LITTERATURLISTE .....</u></b>	<b>69</b>
<b>6.1</b>	<b>Bøker .....</b>	<b>69</b>
<b>6.2</b>	<b>Lovgivning.....</b>	<b>69</b>
6.2.1	Norske lover .....	69
6.2.2	Konvensjoner og direktiv .....	70

<b>6.3</b>	<b>Dommer .....</b>	<b>70</b>
<b>6.4</b>	<b>Forarbeider .....</b>	<b>70</b>
<b>6.5</b>	<b>Nettdokument .....</b>	<b>71</b>
<b>6.6</b>	<b>Rundskriv .....</b>	<b>71</b>
<b>6.7</b>	<b>Forvaltningspraksis.....</b>	<b>72</b>

## **1 Aktualitet og tema for avhandlingen**

Diskrimineringsvernet står i dag sterkt i arbeidsretten, men dette har ikke alltid vært tilfellet. Fokuset på diskrimineringsvern har økt både nasjonalt og internasjonalt med tiden. Hovedregelen i arbeidsrett er at diskriminering ikke er tillatt. Diskrimineringsvern blir ansett for å være en menneskerettighet<sup>1</sup>. Men det finnes unntak fra denne hovedregelen. Avhandlingen vil redegjøre for både hovedregel og unntak.

Fokuset for denne avhandlingen er kjønnsdiskriminering. Kvinner er en stor del av dagens arbeidsliv. Tema er også valgt fordi kvinners vern mot diskriminering er spennende og har vært gjenstand for debatt gjentatte ganger i samfunnet, både nasjonalt og internasjonalt. Formelt er kjønnene likestilte på de fleste samfunnsområder i Norge, reelt er kvinner og menn ikke likestilte i arbeidslivet<sup>2</sup>. Årsaken til at jeg velger å skrive om kvinners ansettelse i trossamfunn er fordi det er en spennende arbeidsrettslig vinkling på kvinnerettslige problemstillinger.

---

<sup>1</sup> FNs menneskerettigheter artikkel 2 og 7

<sup>2</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975) pkt. 2.5

## 1.1 Problemstilling

Hovedproblemstillingen er trossamfunnets adgang til å forskjellsbehandle kvinner ved ansettelse.

Utgangspunktet i norsk rett er som nevnt at det ikke er tillatt å diskriminere i arbeidsretten. Dette fremkommer blant annet av likestillingsloven, av 9.juni 1978 nr. 45 § 3, men også av annen lovgivning på diskrimineringsfeltet. For eksempel er arbeidsmiljøloven av 17.juni 2005 nr. 62 sentral, både når det gjelder diskrimineringsvern og i arbeidsretten generelt. Diskrimineringsforbudet fremkommer også av internasjonal rett.

Unntaket fra likestillingsloven § 3 finner vi i likestillingsloven § 2. Bestemmelsen sier at loven gjelder på alle av samfunnets områder, ” med unntak av indre forhold i trossamfunn”. Derfor kan trossamfunn forskjellsbehandle dersom vilkårene i unntaksbestemmelsen er oppfylt<sup>3</sup>. ”indre forhold” er begrunnet i hensynet til religionsfriheten. Avhandlingen vil vurdere trossamfunnets adgang til å forskjellsbehandle kvinner, med vekt på trossamfunnets religionsfrihet på den ene siden og kvinners rett til likestilling/likebehandling på den andre. Avhandlingen vil se på hvordan dette unntaket fungerer i forhold til ansettelse av kvinner i trossamfunn.

## 1.2 Avgrensning

Likestillingsloven gjelder i utgangspunkt på alle samfunnsområder, jf § 2. Avhandlingen avgrenses imidlertid til diskrimineringsvernet i arbeidsretten. Da spesielt til ansettelse i trossamfunn. Oppgaven vil behandle noen andre arbeidsrettslige problemstillinger for å belyse dem som eksempler, men hovedfokus ligger på ansettelse.

En annen viktig avgrensning er at det kun er kvinners ansettelse som er tema for avhandlingen. Denne avgrensningen har to betydninger. For det første blir unntaket i likestillingsloven § 2 og et særlig unntak i arbeidsmiljøloven revidert i perioden denne

---

<sup>3</sup> Likestillingsloven § 2

oppgaven blir skrevet<sup>4</sup>. Det særlige unntaket i arbeidsmiljøloven omhandler homofiles vern mot diskriminering ved ansettelse i trossamfunn<sup>5</sup>. Årsaken til at kun kvinner er tatt opp i problemstillingen i avhandlingen, er blant annet tale om et tidsspørsmål og ikke minst for å spesialisere oppgaven.

For det andre vil begrensningen mot kvinner ha betydning i forhold til likestillingsloven. Paragraf 1 i loven bestemmer at loven skal ”fremme likestilling mellom kjønnene”. Loven gjelder for både kvinner og menn. I avhandlingen er kvinners rett til likestilling tema, fordi det tradisjonelt sett er kvinner som anses for å være dem som er mest utsatt for diskriminering.

### 1.3 Begrepsavklaring

#### 1.3.1 Diskrimineringsvern eller vern om forskjellsbehandling?

Diskrimineringslovgivningen anvender både ”forbud mot forskjellsbehandling” og ”forbud mot diskriminering”. ”Likebehandling” og ”vern om diskriminering” uttrykker det samme, men fra to ulike synspunkter. ”Likebehandling” fokuserer på individets rett til behandles likt, formelt og reelt. Dette gjelder da uavhengig av kjønn, etnisitet, språk, og så videre. Mens ”vern om diskriminering” omhandler det individet ikke skal utsettes for. For eksempel dårligere behandling enn andre på bakgrunn av kjønn, etnisitet, språk, og så videre<sup>6</sup>.

Likestillingsloven bruker begrepet ”forskjellsbehandling”, ikke ”diskriminering”. I loven eller dens forarbeider gjøres det imidlertid ikke forskjell på begrepene<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Se NOU 2008:1

<sup>5</sup> Arbeidsmiljøloven § 13-3 (3)

<sup>6</sup> Jakhell (2006), s. 64

<sup>7</sup> Likestillingsloven og Ot.prp.nr.33 (1974-1975)

Denne avhandlingen vil benytte begrepene som er nevnt over uten at de vil utgjøre noen forskjell på problemstillingen. Det samme gjelder betegnelse "forbud mot diskriminering på grunn av kjønn" og "kjønnsdiskriminering".

### 1.3.2 Arbeidstaker

I følge arbeidsmiljølovens § 1-8 (1) er en arbeidstaker "enhver som utfører arbeid i annens tjeneste". Arbeidsgiverbegrepet avgrenses derfor mot tilfeller der en påtar seg arbeid for egen regning og risiko<sup>8</sup>. Diskrimineringsvernreglene gjelder også for arbeidssøkere. Det er personer som ennå ikke er ansatt, men fortsatt befinner seg i arbeidssøkerprosessen<sup>9</sup>.

### 1.3.3 Arbeidsgiver

I henhold til arbeidsmiljøloven § 1-8 (2) følger det at en arbeidsgiver er enhver som har "ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste".

Begrepet er viktig å avklare da det etter arbeidsmiljøloven påhviler en rekke forpliktelser på den som er arbeidsgiver. Blant annet ved ansettelse av nye arbeidstakere<sup>10</sup>. Hvem som er arbeidsgiver i et trossamfunn vil avhenge av den indre organiseringen. Problemstillinger knyttet til kompetansen som arbeidsgiver faller under den materielle jussen og vil bli behandlet under 3 Gjeldende rett.

### 1.3.4 Trossamfunn

Trudomssamfunnslova,<sup>11</sup> av 13.juni 1969 nr. 25, regulerer bestemmelsene om religiøse trossamfunn. Paragraf 1 i trossamfunnsloven sier at:

"Alle har rett til å driva religiøs verksemd åleine eller saman med andre, og til å skipa trudomssamfunn når rett og sømd ikkje vert krenkt."

---

<sup>8</sup> Jakhelln (2006), s. 32

<sup>9</sup> Arbeidsmiljøloven § 13-2

<sup>10</sup> Jakhelln (2006), s. 36

<sup>11</sup> Heretter trossamfunnslov



Loven definerer ikke begrepet ”trossamfunn”. Likestillingsloven og arbeidsmiljøloven som også benytter begrepet ”trossamfunn”, definerer det heller ikke. Det samme gjelder forarbeidene til lovene.

Justisdepartementet har i rundskriv G-200/88 forsøkt å gi en nærmere avklaring på hva som ligger i begrepene ”religiøs verksemd” og ”trossamfunn”. Av rundskrivet kan man lese at det må dreie seg om et religiøst trossamfunn for å falle inn under lovens ordlyd. Loven krever videre at det religiøse trossamfunnet har en fast organisasjon med fast organisasjonsmønster, for eksempel ved ukentlige møter. Videre kreves det at trossamfunnet har en fast leder eller prest som er bosatt i Norge<sup>12</sup>.

Rundskrivet fra Justisdepartementet peker på at det er religiøse trossamfunn som faller inn under lovens ordlyd. Det er derfor behov for å definere religiøs tro. Begrepet er ikke definert i loven eller i forarbeidene.

Religiøs tro kan defineres som troen på en gud eller en kraft som er utenfor mennesket. Et trossamfunn foreligger når troen på en makt utenfor mennesket blir utformet i et system, trosbekjennelse eller lære, som to eller flere slutter seg til<sup>13</sup>. ”Religiøs verksemd” vil si det arbeidet, eller den virksomheten, som utføres for å vinne tilslutning til det trossystemet som er utformet<sup>14</sup>.

For å oppsummere krever trossamfunnsloven, i følge rundskrivet, at trossamfunnet bygger på en religiøs tro. Videre kreves det at to eller flere tilslutter seg til den læren eller det systemet som troen bygger på. Det kreves også at trossamfunnet har en fast organisasjonsstruktur, som fremkommer blant annet av trossamfunnets møtevirksomheter.

---

<sup>12</sup> Rundskriv G-200/88, sitert etter Norsk Lovkommentar, kommentarer til trossamfunnsloven § 1

<sup>13</sup> Norsk Lovkommentar, kommentarer til trossamfunnsloven § 1

<sup>14</sup> Norsk Lovkommentar, kommentarer til trossamfunnsloven § 1

Det eksisterer frivillige organisasjoner eller andre virksomheter som ikke vil falle inn under definisjonen av trossamfunn, men som bygger sin etikk på en utvalgt religion eller tro i likhet med et trossamfunn. Det er et særlig spørsmål om disse organisasjoner vil omfattes av unntaket i likestillingsloven § 2. Som tidligere nevnt bestemmer likestillingsloven § 2 at det kun er "indre forhold i trossamfunn" som omfattes av unntaket. Hensynet til religionsfriheten taler for at trossamfunnsbegrepet ikke skal tolkes for snevert og at slike organisasjoner skal omfattes av lovens unntak. Begrepet trossamfunn kan derfor tolkes utvidende<sup>15</sup>.

De øvrige bestemmelsene i trossamfunnsloven nevner ikke det religiøse aspektet, men gir rettigheter til trossamfunn og bestemmelser om hva det har krav på fra det offentlige. For eksempel gir § 19 trossamfunnet adgang til å søke om statlig støtte. Det vil si at trossamfunnet i prinsippet ikke behøver å motta statlig støtte etter trossamfunnsloven for å kunne definere seg som et, men om det gjør dette vil det falle under lovens betegnelse av trossamfunn. Videre kan trossamfunn velge om det ønsker å registrere seg hos fylkesmannen<sup>16</sup>. At trossamfunn kan velge om det ønsker å registrere seg, gjør at det til en hver tid er vanskelig å vite hvor mange trossamfunn som eksisterer.

#### 1.3.4.1 Statistikk

Etter §§ 12 og 13 i trossamfunnsloven kan som nevnt trossamfunn velge om de ønsker å la seg registrere hos fylkesmannen. Tall fra Statistisk Sentralbyrå viser at 8,6 % av befolkningen i Norge, per 1. januar 2007, var medlem av et livssyns- eller trossamfunn utenfor Den norske kirke. Dette utgjør om lag ca. 400 000 mennesker<sup>17</sup>. Tallene gjelder kun livssyns- eller trossamfunn som fikk statsstøtte dette året. Den norske kirke hadde i 2003 85 % av befolkningen som medlemmer i Norge<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> NOU 2008: 1, s. 38

<sup>16</sup> Trossamfunnsloven §§ 12 og 13

<sup>17</sup> Statistisk sentralbyrå (2007)

<sup>18</sup> NOU 2006: 2, s. 61

## 1.4 Rettskilder

De viktigste rettskildene for denne avhandlingen er formelle lover og deres forarbeider. Formelle lover av betydning er likestillingsloven og trossamfunnsloven. Det samme gjelder forarbeidene til de ulike lover.

Grunnloven vil også være av betydning ettersom religionsfriheten er stadfestet i Grunnloven § 2.

I tillegg vil internasjonal rett være relevant i forhold til konvensjonsbestemmelser om diskrimineringsvern og religionsfrihet<sup>19</sup>. Retten til å ikke bli diskriminert er dynamisk. Det vil si at den tolkes, anvendes og utvikles av mange internasjonale håndhevingsorganer<sup>20</sup>. Det samme gjelder religionsfriheten<sup>21</sup>. Internasjonale rettskilder som konvensjoner er derfor relevante for avhandlingen.

Det eksisterer ingen praksis fra de norske domstoler om unntaket i likestillingsloven § 2 ”indre forhold i trossamfunn”. Det faktum at det mangler relevant rettspraksis på området, er meget spesielt i en avhandlingssituasjon. Rettspraksis, fra spesielt Høyesterett, har vanligvis stor vekt ved tolkningsspørsmål, ettersom domstolene anvender rettskildene i sine tolkninger for å komme frem til sitt resultat<sup>22</sup>. Ved at det mangler relevant praksis skaper det plass i avhandlingen for at andre rettskilder får større relevans ved tolkninger.

### 1.4.1 Forvaltningspraksis

Det som er spesielt på diskrimineringsfeltet er at det foreligger mye forvaltningspraksis om tema. Årsaken til at det er at Likestillings- og diskrimineringsombudet<sup>23</sup>, ved Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda av

---

<sup>19</sup> Se for eksempel artikkel 14 i EMK

<sup>20</sup> Arbeidsrett.no, Hotvedt, Kap 13 Vern mot diskriminering, Innledning

<sup>21</sup> Se for eksempel EMK art 9

<sup>22</sup> Eckhoff (2001), s. 156

<sup>23</sup> Heretter Ombudet

10.juni 2005 nr.40<sup>24</sup> § 1, har som oppgave å føre tilsyn og medføre at diskrimineringslovgivningen blir gjennomført. Ombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda<sup>25</sup> er uavhengige forvaltningsorganer underlagt Barne- og likestillingsdepartementet, jf §§ 2 og 5. Mer om Ombudet og Nemnda som håndhevere av diskrimineringslovgivningen, følger i pkt. 2.3.4.

At det foreligger et særskilt forvaltningsorgan på diskrimineringsfeltet har stor betydning for vekten av rettskildene på dette feltet. For å angi hvilken vekt rettskilder fra forvaltningspraksisen har, er det viktig å få kjennskap til forvaltningens rettsanvendelse kontra domstolens. Spesielle trekk er saksmengde og hvordan avgjørelser tas i organet<sup>26</sup>. Imidlertid foreligger det heller ingen konkret klage på likestillingsloven § 2 til Ombudet<sup>27</sup>. Det foreligger derfor intet sammenligningsmateriale på hvordan bestemmelsen benyttes i forhold til konkret tvist.

Ombudet har i kraft av diskrimineringsombudsloven adgang til å ta opp generelle spørsmål om diskrimineringslovgivningen på eget eller andres initiativ<sup>28</sup>. Ombudet gir generelle uttalelser om hvordan rettsregler skal forstås og gir veiledning i spørsmål om diskrimineringslovgivningen<sup>29</sup>. De veiledningssaker som berører juridiske problemstillinger, blir dessuten behandlet av jurister hos Ombudet<sup>30</sup>. Dette gjør at Ombudet skaper en juridisk ekspertise innen sitt rettsområde<sup>31</sup>.

At forvaltningsorganer som Ombudet uttaler seg på generelt grunnlag kan i seg selv utgjøre en viktig rettskilde for rettsanvendere i forvaltningen<sup>32</sup>. De gir opplysninger utad om hvordan bestemmelsene skal forstås for å skape minst mulig tvil om rettsanvendelsen på

---

<sup>24</sup> Heretter diskrimineringsombudsloven

<sup>25</sup> Heretter Nemnda

<sup>26</sup> Eckhoff (2001), s. 225

<sup>27</sup> Etter kontakt med Ombudet og søk i deres klagesaker

<sup>28</sup> Diskrimineringsombudsloven § 3

<sup>29</sup> [www.ldo.no](http://www.ldo.no)

<sup>30</sup> , [www.ldo.no](http://www.ldo.no), PRAKSIS 2007

<sup>31</sup> Eckhoff (2001), s. 230

<sup>32</sup> Eckhoff (2001), s. 228-229

det gitte området. Ved at Ombudet tar opp saker på egen hånd, viser dessuten at Ombudet fører tilsyn med diskrimineringslovgivningen<sup>33</sup>.

Årsaken til at uttalelser og tolkninger fra Ombudet vil bli tillagt betydelig vekt i denne avhandlingen, er for det første at Ombudet er det organ som er nærmest diskrimineringslovgivningen<sup>34</sup>. Det er gjerne her en konkret klagesak om likestillingsspørsmål mest sannsynlig vil havne først. For det andre vil Ombudets uttalelser være viktige for å få forståelse av bestemmelsene. Et annet viktig moment er at uttalelsene til Ombudet er offentlig tilgjengelige ved at de blir publisert på deres hjemmesider. På denne måten blir det enklere å få kjennskap til rettsanvendelsen til forvaltningen.

## 1.5 Den videre fremstilling

Avhandlingen har i del 1 gitt en generell oversikt over hva oppgaven vil behandle og de rettskilder som er relevante. Samtidig gir del 1 gi bakgrunnsinformasjon om hvorfor tema er valgt i tillegg til definisjoner av de viktigste begrepene. Andre begrep blir definert etter som de blir behandlet i avhandlingen.

I del 2 blir det redegjort for grunnleggende prinsipper i arbeidsretten, da særlig diskrimineringsvernet. Gjeldende rett blir presentert i del 3. Her vil spesielt unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 2 bli behandlet. Her følger også sammenligning av norsk rett og nordisk rett. NOU 2008:1 om kvinner og homofile i trossamfunn blir lagt frem i del 4. I del 5 følger mine vurderinger av problemstillingen.

---

<sup>33</sup> Diskrimineringsombudsloven § 1

<sup>34</sup> Diskrimineringsombudsloven § 1

## 2 Grunnleggende prinsipper

### 2.1 Styringsrett

Styringsrett blir definert slik;

”Retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør”<sup>35</sup>.

Utgangspunktet er at en arbeidsgiver har full styringsrett over hvorledes organiseringen av arbeidet skal foregå. Dette innebærer blant annet at en arbeidsgiver kan ansette den han eller hun måtte ønske i sin bedrift eller virksomhet. Det vil gjelde uansett om arbeidsgiver er trossamfunn eller ikke.

Styringsrett er derfor et viktig prinsipp innenfor arbeidsretten. Hvilke beslutninger en arbeidsgiver kan foreta og hvilke rammer beslutningene må falle innenfor, er en betydelig del av styringsretten. Styringsretten er en nødvendig konsekvens av arbeidsavtalen. Det fordi en naturlig konsekvens av arbeidsavtalen er at den fører til et lydighetsforhold, eller et underordningsforhold, til arbeidsgiveren<sup>36</sup>.

I Rt. 2001 s. 418 omtales styringsretten som en restkompetanse<sup>37</sup>. Årsaken til dette er fordi at de beslutninger og avgjørelser som en arbeidsgiver tar, må tas innenfor rammer av lovgivning, forskrifter og avtaler. På denne måten vil den styringsretten som en arbeidsgiver i utgangspunkt har, bli begrenset. For å kartlegge hva som faller innenfor arbeidsgivers styringsrett, er det dermed viktig å se på hva som begrenser den. Selv om

---

<sup>35</sup> Jakhell (2006) s. 48

<sup>36</sup> Jakhell (2006) s. 24

<sup>37</sup> Rt 2001 s.418, s. 1609

styringsretten aldri har vært helt fri i forhold til hvor langt denne retten strekker seg, går utviklingen i retning av mer begrensning av styringsretten enn tidligere<sup>38</sup>. Blant annet ved økt fokus på diskrimineringsvern. Økt fokus på diskrimineringsvern er et resultat av internasjonalisering og mer konkret lovgivning, som gjør at arbeidsgivers handlingsrom blir begrenset. Slik som nevnt over vil man i arbeidsretten møte et underordningsforhold til arbeidsgiveren. Bedre beskyttelse av den svakere part, altså arbeidstakeren, er også med på å begrense styringsretten ytterligere.

## 2.2 Diskrimineringsvern

### 2.2.1 Historikk

Det internasjonale fokuset på menneskerettigheter kom etter 1945. Erfaringer før og under andre verdenskrig førte til at vernet om menneskerettigheter ble ansett som et viktig internasjonalt vern. Retten til diskrimineringsvern blir også ansett for å være en menneskerettighet. Allerede i 1948 ble dette prinsippet fastslått i FNs menneskerettserklæring<sup>39</sup>. Etter dette har utviklingen gått i retning av økt økonomisk aktivitet over landegrenser og økt internasjonalt samarbeid mellom landene. Internasjonal samarbeid førte til at internasjonale regler ble mer og mer viktige for norsk rett, ikke minst i arbeidsretten<sup>40</sup>.

I denne sammenheng, og ellers ved behandling av menneskerettigheter, er Den europeiske menneskerettskonvensjon av 1950 (EMK) av særlig betydning. Europarådet vedtok EMK som deres menneskerettslige normgrunnlag. Europarådet arbeider særlig for å styrke samarbeidet i Europa<sup>41</sup>. Artikkel 14 i EMK skal sikre at ingen blir utsatt for diskriminering på bakgrunn av kjønn, rase, hudfarge, språk, religion, politisk eller annen mening, nasjonal

---

<sup>38</sup> Jakhell (2006) s. 49

<sup>39</sup> FNs erklæring om menneskerettigheter artikkel 2 og 7

<sup>40</sup> Jakhell (2006), s. 144

<sup>41</sup> [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no), Det europeiske menneskerettighetssystemet

eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller noe annet forhold<sup>42</sup>. EMK har også bestemmelser om religionsfriheten.

EØS- avtalen som trådte i kraft i 1994<sup>43</sup> gjelder som norsk lov. Ved konflikt mellom norsk rett og Norges forpliktelser etter avtalen, vil bestemmelser etter avtalen gå foran, jf §§ 1 og 2 i EØS-loven av 27.november 1992 nr. 109. EØS-avtalen er tilpasset regelverket i EU på arbeidsrettens område. EØS-avtalen har for eksempel regler om ikke diskriminering i artikkel 69 og 70.

I norsk lov er prinsippet om ikke-diskriminering stadfestet i Grunnloven § 110 c. Bestemmelsen ble grunnlovsbestemmelse 15.juni 1994<sup>44</sup>. Grunnlovens § 110 c første ledd lyder slik:

”Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne. Bakgrunnen for grunnlovsfestingen var et prinsippvedtak fattet av regjeringen. Det var et ønske at menneskerettighetene skulle innarbeides i norsk lov. Det ble derfor vurdert om det var behov for å gjøre dette gjennom lov og/eller ved grunnlovsbestemmelse<sup>45</sup>. Både lov og ny grunnlovsbestemmelse ble løsningen. Menneskerettsloven av 21.mai 1999 nr. 30 har derfor som formål å ”styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett”<sup>46</sup>. Menneskerettsloven har inkorporert de viktigste konvensjoner på diskrimineringsfeltet, av først og fremst to årsaker. Den første var at bestemmelsene i de inkorporerte konvensjonene skulle gå foran i tilfellet motstrid med bestemmelser i annen norsk lovgivning, jf menneskerettsloven § 3. Den andre var signaleffekten som kommer av Grunnloven § 110 c og den nye loven; menneskerettighetene skulle få et styrket vern i norsk rett, jf menneskerettsloven § 1<sup>47</sup>. Konvensjonsbestemmelser som er av betydning for denne avhandlingen vil bli behandlet nedenfor<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> NOU 2008:1, s. 20-21

<sup>43</sup> Arbeidsrett.no, 13 Vern mot diskriminering, Innledning

<sup>44</sup> Grunnloven § 110 c

<sup>45</sup> NOU 1993:18

<sup>46</sup> Menneskerettsloven § 1

<sup>47</sup> Ot.prp.nr.3 (1998-1999)

<sup>48</sup> Se pkt. 2.3.5



### 2.2.1.1 Kvinners likestillingshistorikk

I denne avhandlingen ligger fokuset på kvinners vern mot diskriminering. Historikken bak kvinners likestillingsrett er dermed av interesse.

Etter andre verdenskrig var ett av de viktigste tiltakene fra myndighetenes side for å fremme likestilling mellom kjønnene, opprettelsen av Likelønnsrådet. Dette ble opprettet i 1959 som et fast råd for å medvirke til at staten oppfylte sine forpliktelser etter ILO konvensjonen. ILO er en organisasjon under FN systemet som arbeider med ”blant annet å gi støtte til utvikling av demokrati og grunnleggende arbeidstakerrettigheter, bidra til økt sysselsetning og fattigdomsbekjempelse, samt beskyttelse av arbeidstakere”<sup>49</sup>.

Likestillingsloven ble fremmet i 1974. Loven ble fremmet på bakgrunn av et ønske om en lovgivning mot diskriminerende behandling av kvinner på alle samfunnsområder. Med statistiske målinger i bakhånd var det klart at kvinner og menn hadde svært ulik stilling, både i arbeidslivet og hjemmet. Dette på tross av en erkjennelse fra myndighetene om at de hadde et ansvar for likestilling mellom kjønnene<sup>50</sup>. Av forarbeidene kan man blant annet lese følgende;

”Selv om man i dag kan si at kjønnene formelt i det vesentlige er likestilt på de fleste samfunnsområder i Norge, viser (...) at kvinner og menn likevel spiller vesensforskjellige roller i samfunnet”<sup>51</sup>.

Ved konkrete tiltak i likestillingsloven og i andre relevante lovgivninger ble blant annet bedre arbeidsvilkår til kvinner et særlig tema. Dessuten ble arbeidsforholdet mer tilrettelagt den situasjon kvinnene måtte befinne seg i. Eksempler på det er tiltaket med permisjon i forbindelse med fødsel<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> [www.fn.no](http://www.fn.no), Fakta om ILO

<sup>50</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975)

<sup>51</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975) pkt. 2.5

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975), s. 11

Likestillingsloven skapte debatt i samfunnet både før og etter at den ble vedtatt. Det første lovutkast som ble lagt frem i 1975 for Stortinget, ble sendt tilbake til Barne- og Familiedepartementet. Årsaken til dette var diskusjon rundt formålet med loven. Hvem ønsket loven å beskytte? Uenighetene lå i om loven skulle gjelde mot kvinnekategorisering, eller om den skulle fremme likestilling. Et annet spørsmål var om den skulle være kjønnsnøytral eller særlig fremme kvinners rettsstilling<sup>53</sup>. Løsningen ser man av formålsbestemmelsen i likestillingsloven § 1:

”Denne lov skal fremme likestilling mellom kjønnene og tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling”.

Etter vedtakelse av likestillingsloven har loven blitt endret en rekke ganger. Endringene viser samsvar med hvordan kvinners diskrimineringsvern har økt med tiden. Et konkret eksempel på det er § 8a om trakassering på grunn av kjønn og seksuell trakassering. Forarbeidene beskriver situasjonen om lovendringen slik;

”Seksuell trakassering er en relativt ny betegnelse på et gammelt problem.”<sup>54</sup>

FNs kvinnekonvensjon ble ratifisert av Norge 3.september 1981. Kvinnekonvensjonen har som formål å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner<sup>55</sup>, og er relevant i arbeidet mot diskriminering av kvinner. Likestillingsloven har inkorporert FNs kvinnekonvensjon i loven, jf § 1b. Konvensjonen vil derfor gjelde som norsk lov. Formålet med å inkorporere FNs kvinnekonvensjon er å gi den en sterkere rettslig status i Norge. Statene som har inkorporert FNs kvinnekonvensjon blir overvåket av kvinnekonvensjonens overvåkningsorgan Kvinnekomiteen. Dette ved at statene jevnlig må sende Kvinnekomiteen rapporter om sin virksomhet på likestillingsområdet<sup>56</sup>. Mer om disse rapporter følger i pkt. 3.3 om revisjonsforslag.

---

<sup>53</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), historikk

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), pkt. 9.1

<sup>55</sup> Konvensjonens norske tittel; Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner

<sup>56</sup> [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no), FNs kvinnekonvensjon

Nåværende arbeidsmiljølov ble fremmet med tanke på blant annet økt arbeidsdeltakelse fra kvinner og ønske om høyere arbeidsdeltakelse i samfunnet. Et av målsetninger var å sikre et inkluderende arbeidsliv for alle for å dekke samfunnets behov, og å sikre likebehandling i arbeidslivet<sup>57</sup>. Økt kvinneheltakelse i arbeidslivet fører imidlertid til andre prioriteringer når det gjelder familielivet. Den nye loven ønsker også å sikre at kvinner og menn skal ha lik rett til arbeid og hjem. Fleksibel arbeidstid til alle arbeidstakere ble derfor løsningen på dette problemet<sup>58</sup>.

#### 2.2.1.1.1 Situasjonen i dag

Ombudet har kartlagt henvendelser de har mottatt og saker tatt opp på eget initiativ av juridisk karakter. Statistikk over dette, er samlet i en egen rapport som er tilgjengelig på deres hjemmeside<sup>59</sup>. Av rapporten er det klart at Ombudet mottok flest klagesaker om kjønnsdiskriminering i arbeidslivet i 2007. I PRAKSIS rapporten står det blant annet:

”Likelønn, avslag på søknad på jobb på grunn av graviditet, forbigåelse ved ansettelse på grunn av kjønn og positiv særbehandling, av både kvinner og menn, er problemstillinger som går igjen fra PRAKSIS i fjor.”<sup>60</sup>

At kjønnsdiskriminering er det feltet Ombudet mottok flest klagesaker på viser at det fortsatt skjer forskjellsbehandling innenfor arbeidslivet og at kvinners vern mot diskriminering i arbeidslivet fortsatt er en aktuell problemstilling.

#### 2.2.2 Hva er diskrimineringsvern?

Forbudet mot diskriminering er stadfestet i flere lovgivninger. Blant annet i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven og diskrimineringsloven av 3.juni 2005 nr 33. I denne

---

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 13 og 14

<sup>58</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 14

<sup>59</sup> [www.ldo.no](http://www.ldo.no) PRAKSIS 2007, diskrimineringsjuss i praksis,

<sup>60</sup> PRAKSIS 2007, Innledning

avhandlingen er kjønnsdiskriminering tema og dermed er likestillingsloven relevant. Diskrimineringsvern vil derfor forklares med utgangspunkt i denne loven.

I likestillingsloven finner vi hovedregelen for diskrimineringsforbud i § 3. Loven bruker imidlertid ikke betegnelsen diskriminering, men forskjellsbehandling, slik som nevnt under begrepsavklaringen.

Paragraf 3 gir definisjoner av direkte og indirekte forskjellsbehandling. Paragraf 3 annet ledd første punktum definerer direkte forskjellsbehandling med handlinger som stiller menn og kvinner ulikt ”fordi de er av forskjellige kjønn”. Altså er det tale om direkte sammenheng mellom kjønn og diskrimineringens effekt. Et eksempel fra forarbeidene på dette er når en arbeidsgiver forbigår en kvinne i ansettelsesprosessen med antakelse om at hun snart vil bli gravid<sup>61</sup>.

Annet ledd andre punktum i samme bestemmelse går på forskjellsbehandling tilknyttet graviditet og fødsel. Diskriminering på grunnlag av graviditet blir altså ansett som direkte diskriminering<sup>62</sup>. Både første og andre punktum gjelder uansett for de mest synlige formene for diskriminering<sup>63</sup>.

Indirekte diskriminering er definert i § 3 tredje ledd. Indirekte diskriminering vil si handlinger som i utgangspunktet er kjønnsnøytrale, men som har den virkning ”at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”<sup>64</sup>. Et eksempel på indirekte diskriminering er ulik behandling av for eksempel deltidsarbeidende og heltidsarbeidende. Det er flest kvinner som arbeider deltid og ulik behandling av disse vil føre til indirekte diskriminering av kvinner<sup>65</sup>. For å forstå omfanget av indirekte diskriminering må definisjonen leses i

---

<sup>61</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001)

<sup>62</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001)

<sup>63</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975) merknader til § 3

<sup>64</sup> Likestillingsloven § 3 tredje ledd

<sup>65</sup> [www.ldo.no](http://www.ldo.no), om deltidsansattes rettigheter

sammenheng med § 3 fjerde ledd<sup>66</sup>. I fjerde ledd er det nevnt at visse handlinger likevel ikke vil være indirekte diskriminering dersom visse vilkår er oppfylt. Det faller utenfor oppgaven å gå inn på de nærmere vilkår av denne bestemmelsen.

### 2.2.3 Virkeområde

Selv om det kun er likestillingsloven som er relevant for behandling i denne avhandlingen, er det nødvendig med en avklaring om forholdet mellom de ulike diskrimineringslovgivningene, og for å angi deres virkeområder.

En arbeidstakers vern mot diskriminering og forskjellsbehandling, er som nevnt, regulert i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven og diskrimineringsloven. Alle lovene har nær sammenheng når det gjelder vern mot diskriminering i arbeidslivet og alle tre lover bygger på EU-direktiver. Hensynet til harmoni i diskrimineringsvernsfeltet taler for at lovenes vern mot forskjellsbehandling skal tolkes samsvar med hverandre<sup>67</sup>.

Lovene har imidlertid ulikt system på diskrimineringsvernsreglene. Mens arbeidsmiljøloven kun gjelder for arbeidsforhold<sup>68</sup>, gjelder likestillingsloven og diskrimineringsloven generelt på alle samfunnsområder, men knyttet til visse diskrimineringsgrunnlag<sup>69</sup>.

Det er diskrimineringsgrunnlagene som avgjør hvilken lov man skal benytte ved et tolkningsspørsmål. For å hindre avgrensningsspørsmål har løsningen blitt at arbeidsmiljøloven i sin helhet viser til de to andre lovene dersom forskjellsbehandlingen gjelder diskrimineringsgrunnlag fra disse<sup>70</sup>. Arbeidsmiljøloven § 13-1 fjerde ledd viser til likestillingsloven dersom diskrimineringen skjer på grunnlag av kjønn. Videre viser arbeidsmiljøloven til diskrimineringsloven dersom diskrimineringen skjer på grunn av

---

<sup>66</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) merknader til § 3

<sup>67</sup> Arbeidsrett.no, 13 vern mot diskriminering, Innledning

<sup>68</sup> Se arbeidsmiljøloven § 1

<sup>69</sup> Se likestillingsloven § 2 og diskrimineringsloven § 3

<sup>70</sup> Arbeidsrett.no, 13 vern mot diskriminering, Innledning

etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn, § 13-1 femte ledd.

#### 2.2.3.1 Håndheving av diskrimineringslovgivningen

Ombudet og Nemnda skal sammen fungere som et felles håndhevingsapparat for diskrimineringslovgivningen<sup>71</sup>. Diskrimineringslovverket vil si blant annet likestillingsloven, diskrimineringsloven og arbeidsmiljølovens kapittel 13, jf diskrimineringsombudsloven § 1. Ombudet erstattet det tidligere Likestillingsombudet. Fra 1.1.2006 gikk det inn i det nåværende Likestillings- og diskrimineringsombudet<sup>72</sup>.

Ombudet kan ta opp saker på eget initiativ eller etter henvendelse fra andre. Andre kan i prinsippet bety hvem som helst, både fysiske og juridiske personer eller organisasjoner. En trenger heller ikke å være innblandet eller være part i saken<sup>73</sup>. Etter en objektiv vurdering skal ombudet gi en uttalelse om hvorvidt diskriminering har funnet sted, jf lovens § 3. Videre skal Ombudet ”søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter uttalelsen”. Dersom frivillig løsning ikke kan oppnås, kan uttalelsen klages inn for Nemnda<sup>74</sup>.

Ombudets hovedoppgave er å få til frivillige løsninger på diskrimineringsfeltet. Hvis dette ikke oppnås kan saken bringes inn for Nemnda<sup>75</sup>. Nemnda kan i henhold til diskrimineringsombudsloven § 7 treffe rettslig bindende vedtak dersom diskrimineringslovgivningen er overtrådt. Videre kan Nemnda ”pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering, trakassering, instruks eller gjengjeldelse opphører og for å hindre gjentakelse”, jf § 7 annet ledd, eller pålegge tvangsmulkt etter § 8 for å sikre gjennomføring av pålegg etter § 7.

---

<sup>71</sup> Ot.prp.nr.34 (2004-2005)

<sup>72</sup> [www.ldo.no](http://www.ldo.no), Om ombudet

<sup>73</sup> Norsk Lovkommentar, Diskrimineringsombudsloven, Kirkøyen, note (14)

<sup>74</sup> Diskrimineringsombudsloven § 3(3)

<sup>75</sup> Norsk Lovkommentar, Diskrimineringsombudsloven, Kirkøyen, note (\*)

Ombudet og Nemnda er gratistiltak og skal fungere som et alternativ og supplement til de ordinære domstolene<sup>76</sup>. Likevel kan vedtakene fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda bringes inn til domstolene<sup>77</sup>. Her kan saken prøves fullt ut, og domstolene kan vurdere både lovligheten av vedtak fra Nemnda og Nemndas skjønnsmessige vurderinger<sup>78</sup>. En annen mulighet er å bringe saker inn til de alminnelige domstolene direkte. Det er ikke et krav om at saken skal være behandlet av Ombud og Nemnda først<sup>79</sup>.

Ombudet arbeider derfor hovedsakelig med behandling av klagesaker. I tillegg til at Ombudet behandler enkeltsaker, skal Ombudet også:

”(...)overvåke art og omfang av diskriminering og følge utviklingen i samfunnet for å avdekke og påpeke forhold som motvirker likestilling og likebehandling. LDO<sup>80</sup> skal være en pådriver for å endre holdninger og adferd, og for å drive utadrettet opplysningsarbeid.”<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Jakhell (2006) s. 68

<sup>77</sup> Diskrimineringsombudsloven § 12

<sup>78</sup> Arbeidsrett.no, Kap 13 Vern mot diskriminering, Innledning

<sup>79</sup> NOU 2008:1, s. 36

<sup>80</sup> Forkortelse for Likestillings- og diskrimineringsombudet

<sup>81</sup> PRAKSIS 2007, Innledning

### 3 Gjeldende rett

#### 3.1 Likestillingslovens forbud mot diskriminering

##### 3.1.1 Generelt om forbudet

Paragraf 3 er lovens hovedbestemmelse. Bestemmelsen inneholder et generelt forbud mot diskriminering på grunn av kjønn<sup>82</sup>. Det er kun diskriminering på grunn av kjønn som rammes av likestillingsloven. Ved diskriminering på andre grunnlag må annen diskrimineringslovgivning benyttes<sup>83</sup>. Forbudet mot diskriminering er presisert i særlige bestemmelser i likestillingsloven, avhengig av hvilket samfunnsområde de ønsker å verne.

Loven om likestilling ble vedtatt i 1978. Under lovarbeidet ble indre forhold i trossamfunn besluttet å unnta fra lovens virkeområde, for ”å beskytte de områder hvor lovgiver ikke bør gripe inn”. Videre ble unntaket hjemlet i hensynet til religionsfriheten. Under høringsrunden var det ingen av høringsinstansene som uttrykkelig gikk imot forslaget om unntak for indre forhold i trossamfunn<sup>84</sup>.

##### 3.1.2 Lovens virkeområde

I utgangspunktet gjelder forbudet mot kjønnsdiskriminering på alle samfunnsområder. Loven gjelder altså på både privat og offentlig sektor. Det inkluderer arbeidslivet, næringslivet, i det offentlige og alle andre steder der kjønnsdiskriminering kan

---

<sup>82</sup> Ot.prp.nr.70 (1974-1975) merknader til § 3

<sup>83</sup> Se kapittel om forholdet mellom diskrimineringslovgivningen

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975) s. 19



forekomme<sup>85</sup>. Dette innebærer også at alle trossamfunn, inkludert Den norske kirke, i utgangspunktet vil være omfattet av loven. Videre vil loven også omfatte virksomheter og aktiviteter som trossamfunnene driver<sup>86</sup>. Imidlertid gjelder loven ikke for ”indre forhold” i trossamfunnene. Behandling av unntaket følger under i punkt 3.2.

### 3.1.3 Tolkningsspørsmål

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn omfatter alle handlinger. For at det skal være tale om en handling i lovens sammenheng, må den være konkret og ha direkte betydning for rettstillingen til en person. Eksempelvis har arbeidsavtaler betydning for noens rettstilling.

Unnlatelser kan også falle under handlingsbegrepet. For eksempel når en unnlater å ansette en kvinne, uten å ansette en annen. Meningsytringer vil falle utenfor betegnelsen handling. Begrunnelsen for dette er at meninger ikke vil ha en direkte og konkret betydning for noens rettsstilling<sup>87</sup>. Slik som nevnt over vil forskjellsbehandling på grunn av graviditet falle under direkte forskjellsbehandling. Det er altså et absolutt forbud mot forskjellsbehandling i slike tilfeller. Bestemmelsen i § 3 verner ikke bare kvinners beskyttelse mot forskjellsbehandling, men også menns adgang til permisjon og andre rettigheter i forbindelse med omsorg av småbarn<sup>88</sup>.

Problemstillingen er om handlingen har medført at et kjønn stilles dårligere enn det andre<sup>89</sup>.

I forarbeidene blir det drøftet at ordlyden ”forskjellsbehandling av kvinner og menn” i likestillingsloven § 3 indikerer et krav om en konkret sammenligningsperson for å avgjøre om forskjellsbehandling har funnet sted eller ikke. Det vil si at den forskjellsbehandlede sammenlignes med en person i en tilsvarende situasjon for å avgjøre om

---

<sup>85</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975), merknader til § 2

<sup>86</sup> NOU 2008: 1, s. 35

<sup>87</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), s. 27, 28

<sup>88</sup> Norsk Lovkommentar, Likestillingsloven, note 14

<sup>89</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), s. 27

forskjellsbehandling har funnet sted. Dette kravet gjelder imidlertid kun i de tilfeller der det er praktisk mulig å sammenligne. Et ubetinget krav ville ha svekket lovens gjennomslagskraft fordi det eksempelvis finnes stillinger der kun kvinner er representert. Dermed ville kvinners arbeidsvilkår ha blitt svekket av at det ikke er mulig å sammenligne hennes situasjon mot en mannlig arbeidstaker i samme situasjon<sup>90</sup>. Dersom det er mulig å sammenligne, finnes det ikke krav om samtidighet. En kvinne kan eksempelvis ikke få dårligere lønn enn sin mannlige forgjenger<sup>91</sup>. Imidlertid kan kvinner imellom sammenlignes. Et konkret eksempel på dette er gravide kvinner som forbigås ved ansettelser av andre kvinner<sup>92</sup>.

#### 3.1.4 Kjønn

Likestillingsloven bruker begrepet ”kjønn”. Kjønn vil si biologisk kjønn. Forskjellsbehandling som er begrunnet i kvinners biologi, slik som graviditet og menstruasjon, vil falle under direkte forskjellsbehandling i følge loven. Det er altså ganske klart hvem som vil oppfattes som mann og kvinne, og når det foreligger forskjellsbehandling på bakgrunn av kjønn i denne sammenheng. Likevel kan man støte på avgrensningsspørsmål når det gjelder personer som ønsker å gjennomgå kjønnsskifte. Spørsmålet er således om transpersoner, og personer som skal gjennomgå kjønnskifte, vil falle innenfor loven. Altså om grunnlaget for forskjellsbehandling av disse personer skal avgjøres etter likestillingsloven<sup>93</sup>.

Transkjønnede blir definert som en person som har en annen kjønnsidentitet enn det fysiske kjønn vedkommende har. Transkjønnede kan gjennomgå operasjoner som innebærer et kjønnskifte for vedkommende<sup>94</sup>. EF-domstolen har i behandlingen av en konkret sak, kommet til at forskjellsbehandling av en som har eller skal gjennomgå kjønnskifte vil

---

<sup>90</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), s. 38

<sup>91</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), s. 38

<sup>92</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), s. 38

<sup>93</sup> NOU 2008:1, s. 34

<sup>94</sup> Ombudets sak 2005/72

regnes som kjønnsdiskriminering<sup>95</sup>. Nasjonalt har Ombudet lagt til grunn at diskriminering på grunn av kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk skal omfattes av forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Dette gjelder også transpersoner<sup>96</sup>. Begrunnelsen er at det å være ”transkjønnede” er direkte knyttet til kjønn og kjønnsidentitet”. Ombudet mener at det vil være den rimeligste løsningen dersom en transkjønnede blir stilt dårligere enn andre på grunn av sitt fysiske kjønn<sup>97</sup>.

Spørsmålet om transkjønnede og kjønnsidentitet er ikke avklart i Nemnda eller i domstolene<sup>98</sup>. Ombudets avgjørelse av problemstillingen rekker imidlertid langt på vei hvorledes tolkningen av diskrimineringsgrunnlaget ”kjønn” vurderes i forhold til likestillingsloven.

### 3.1.5 Delt bevisbyrde

Likestillingsloven har regler om delt bevisbyrde, jf § 16. Utgangspunktet etter alminnelige prosessregler er at bevisbyrden ligger hos sakssøker. Altså går tvil om faktum i en sak i disfavør av saksøker<sup>99</sup>. Når man likevel har valgt delt bevisbyrde i likestillingsloven vil det bety at den som blir forskjellsbehandlet, må påvise at forskjellsbehandling har skjedd på grunnlag av kjønn<sup>100</sup>. Det kreves derfor ikke mye av klager for at det skal anses at han eller hun har oppfylt sin bevisbyrde. Loven bruker ordene ”grunn til å tro” at forskjellsbehandling har hendt.

Dersom det er grunn til å tro at forskjellsbehandling har funnet sted, skal det legges til grunn at forskjellsbehandling har hendt ”hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted”<sup>101</sup>. Arbeidsgiveren må derfor

---

<sup>95</sup> EF- domstolens sak C-13/94, sitert etter NOU 2008: 1 s. 34

<sup>96</sup> Ombudets sak 2006/1107 og sak 2005/72

<sup>97</sup> Ombudets sak 2005/72

<sup>98</sup> NOU 2008:1, s. 34

<sup>99</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), kapittel 12

<sup>100</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), kapittel 12

<sup>101</sup> Likestillingsloven § 16

sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er på grunnlag av kjønn. Sannsynliggjøre vil si bevisovervekt, eller mer en 50 % sannsynlighet, for at forskjellsbehandling ikke har funnet sted<sup>102</sup>.

Begrunnelsen for delt bevisbyrde er blant annet hensynet til effektivitet i håndhevingen av forbudet mot forskjellsbehandling. Å legge hele bevisbyrden på klager eller arbeidsgiver gjør det vanskelig for den som sitter med bevisbyrden å bevise det som faktisk har hendt. Ved at bevisbyrden er delt gjør dessuten arbeidsgiver oppmerksom på sine beslutninger i forhold til ansatte<sup>103</sup>.

### 3.1.6 Diskrimineringsvernet i et internasjonalt lys

#### 3.1.6.1 FNs kvinnekonvensjon

FNs kvinnekonvensjon bestemmer at alle former for diskriminering av kvinner skal avskaffes, på alle av samfunnets områder<sup>104</sup>. I følge artikkel 11 pålegger den statene å treffe de tiltak som er nødvendige for å sikre kvinners rettigheter i arbeidslivet.

FNs kvinnekonvensjon er inntatt i likestillingsloven, men i motsetning til konvensjoner gjennomført ved menneskerettsloven, har ikke FNs kvinnekonvensjon forrang dersom det foreligger motstrid mellom nasjonale bestemmelser og konvensjonsbestemmelser om det samme forhold. Forarbeidene påpeker at dette ikke er på grunn av konvensjonens betydning, men at det er ønskelig å redegjøre for problemstillinger knyttet til internasjonalisering av rettsvesenet før det tas stilling til spørsmålet. Begrunnelsen er derfor av praktisk art og vil ikke ha noe å si i forhold til betydningen av konvensjonen, selv om

---

<sup>102</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), kapittel 12

<sup>103</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001), kapittel 12

<sup>104</sup> FNs kvinnekonvensjon art 2 og 3

det fører til at den ikke får forrang ved en eventuell konflikt<sup>105</sup>. Imidlertid er det presumert i norsk rett at norske regler er i overensstemmelse med konvensjonsbestemmelser<sup>106</sup>.

Et annet viktig poeng ved FNs kvinnekonvensjon er at konvensjonen ikke har unntak fra diskrimineringsforbudet på grunn av religionsfriheten. Konvensjonen har ingen artikkel som konkret sier at forskjellsbehandling kan tillates dersom religionsfriheten tilsier det<sup>107</sup>. Altså finnes det ingen unntak lik unntaket i likestillingsloven § 2 ”med unntak av indre forhold i trossamfunn”. FNs kvinnekonvensjon uttrykker at konvensjon ønsker å motvirke fordommer og praksis, samt negative kulturelle eller tradisjonelle holdninger som kan føre til at kvinners stilling blir svekket<sup>108</sup>. Artikkel 5 a) bestemmer at

”(...)konvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å endre menns og kvinners sosiale og kulturelle atferdsmønstre, med sikte på å avskaffe fordommer og hevdvunnen og all annen praksis som bygger på stereotype manns- og kvinneroller, eller forestillingen om at et av kjønnene er det andre underlegent eller overlegent.”

Ettersom konvensjonen gjelder på alle samfunnsområder vil statens forpliktelser også omfatte trossamfunn og religiøs praksis. Praksis innenfor trossamfunnene som bygger på at for eksempel ”et av kjønnene er det andre underlegent eller overlegent”<sup>109</sup> vil derfor også omfattes av konvensjonen<sup>110</sup>.

På bakgrunn av dette har mange stater gitt reservasjoner mot enkelte av konvensjonens bestemmelser. Dette gjelder imidlertid ikke Norge som har inkorporert hele konvensjonen. Dette tilsier at konvensjonen kan komme i konflikt med religionsfriheten som er nedfelt i andre konvensjoner. Det er ikke klart av internasjonal eller nasjonal rett hvordan retten til å bli diskriminert vil bli avveid mot religionsfriheten<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> Ot.prp.nr.35 (2004-2005) kapittel 11

<sup>106</sup> Jakhell (2006), s. 82

<sup>107</sup> NOU 2008: 1, s. 20

<sup>108</sup> NOU 2008: 1, s. 20

<sup>109</sup> FNs kvinnekonvensjon art 5 a)

<sup>110</sup> NOU 2008: 1, s. 20

<sup>111</sup> NOU 2008:1, s. 20

FNs kvinnediskrimineringskomité, som overvåker statenes gjennomføring av FNs kvinnekonvensjon, har reist kritikk mot unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 2<sup>112</sup>. Komiteen overrårer medlemsstatene ved at medlemsstatene sender rapporter til komiteen om gjennomføring av diskrimineringsregelverket i sitt land. Komiteen stiller også kritiske spørsmål til gjennomføring der de føler behov for dette<sup>113</sup>.

Ved behandlingen av Norges rapport til FNs kvinnediskrimineringskomité i 1995 stilte komiteen seg kritisk til unntaket i likestillingsloven. Norge ble henstilt til å endre unntaksbestemmelsen slik at den ikke hjemlet forskjellsbehandling på bakgrunn av religion:

”Since women often face greater discrimination in family and personal affairs in certain communities and in religion, they asked the Norwegian government to amend the Norwegian Equal Status Act to eliminate exceptions based on religion.”<sup>114</sup>

Videre i rapporten blir årsaken og de nærmere grunnlag for unntaksbestemmelsen gjort rede for. Forklaringen fra de norske myndigheter om at forskjellsbehandlingen kun gjelder ved ”indre forhold” i trossamfunnet blir gjengitt, i tillegg til hvordan unntaksbestemmelsen skal tolkes.

Unntaksbestemmelsen er ikke kommentert i neste rapport med anbefalinger til Norge. Det samme gjelder de senere rapporter<sup>115</sup>.

Om unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 2 anses som å ikke være i strid med konvensjonen, er vanskelig å avgjøre. At unntaket ikke er kommentert i senere rapporter, tyder uansett på at problemstillingen er vurdert.

---

<sup>112</sup> Ombudets høringsuttalelse av 16.05.2008

<sup>113</sup> Fra internettsiden til komiteen: [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/)

<sup>114</sup> Rapport fra FNs kvinnekomité, (A/50/38)

<sup>115</sup> NOU 2008: 1, s. 20

### 3.1.6.2 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter<sup>116</sup> verner særlig om menneskets rett til å bestemme sin ”politiske stilling” og fremme ”sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling”<sup>117</sup>. SP er gjort til norsk rett ved menneskerettsloven § 2.

I motsetning til FNs kvinnekonvensjon har SP bestemmelser som både verner om religionsfriheten og har bestemmelser mot diskriminering. Bestemmelsene om religionsfrihet blir behandlet under 3 Gjeldende rett.

Diskrimineringsvernet er forankret i konvensjonens artikkel 2. Denne gjelder for alle diskrimineringsgrunnlag. Artikkel 3 gjelder særskilt for kjønnsdiskriminering og bestemmer at konvensjonspartene skal sikre at menn og kvinner har ”lik rett til å nyte alle de sivile og politiske rettigheter som er fastsatt i denne konvensjon”.

### 3.1.6.3 EMK artikkel 14

EMK er i likehet med SP gjort til norsk lov ved menneskerettsloven § 2. Konvensjonen har en rekke bestemmelser om grunnleggende rettigheter, inkludert vern mot diskriminering og vern om religionsfrihet.

Av diskrimineringsvernsbestemmelser kan særlig artikkel 14 nevnes. Kjønn nevnes som særlig diskrimineringsgrunnlag i bestemmelsen. Artikkel 14 er imidlertid ikke et selvstendig diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen sikrer at forskjellsbehandling og diskriminering ikke skal skje ved utøvelsen av ”de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon(...)”<sup>118</sup>. Diskrimineringsforbudet gjelder derfor bare på de områder som konvensjonens bestemmelser regulerer, og ved anvendelse av bestemmelsen må den settes opp mot de aktuelle konvensjonsbestemmelsene<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Heretter SP

<sup>117</sup> SP artikkel 1

<sup>118</sup> EMK artikkel 14

<sup>119</sup> NOU 2008: 1, s. 24

Uansett blir bestemmelsen tolket dit hen at den gir lovgiver en plikt om å ikke vedta lover som er diskriminerende. Hovedreglen er derfor at lovgiver ikke kan gripe inn i de interessene artikkelen ønsker å beskytte<sup>120</sup>.

#### 3.1.6.4 EU rett og EØS-avtalen

Retten til å ikke bli diskriminert er beskyttet av EU- og EØS-rett. Både gjennom traktater og direktiver<sup>121</sup>.

Av særlig relevans er EUs likestillingsdirektiv 76/207/EØF som gjelder gjennomføring av likebehandling av menn og kvinner i arbeidsforhold<sup>122</sup>. Likestillingsdirektivet er en del av EØS-avtalen. I følge EØS-avtalen § 2 skal forpliktelser etter EØS-avtalen gå ”foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold” ved konflikt. Likestillingsdirektivet er gjennomført i norsk lov i likestillingsloven. Dette er gjort ved at bestemmelsene i likestillingsloven er harmonisert og utvidet til å omfatte det som følger av likestillingsdirektivet<sup>123</sup>.

Direkte og indirekte diskriminering er forbudt i følge direktivets artikkel 2 nr.1. Imidlertid har direktivet unntak fra forbudet mot diskriminering ved ansettelser. Unntaket bestemmer at forskjellsbehandling kan tillates dersom den er knyttet til kjønn når ”yrkesvirksomheten eller forholdene den utøves under er av en slik art at denne egenskap utgjør et vesentlig, og avgjørende yrkesmessig krav, forutsatt at målet er rettmessig, og at kravet står i rimelig forhold til det”<sup>124</sup>. Altså er det egenskapene og de yrkesmessige krav som avgjør om forskjellsbehandlingen er ”rettmessig” og ”rimelig”.

---

<sup>120</sup> NOU 2008: 1, s. 25

<sup>121</sup> NOU 2008: 1, s. 39

<sup>122</sup> 76/207/EØF art 1

<sup>123</sup> Ot.prp.nr.35 (2004-2005) pkt 7

<sup>124</sup> 76/207/EØF, artikkel 2, nr. 6



Unntaket i likestillingsloven § 2 om trossamfunn ligger innenfor rammene av denne bestemmelsen. Det kan derfor forskjellsbehandles dersom personens kjønn ”er en kvalifikasjon for arbeidets utførelse”<sup>125</sup>. Imidlertid er unntaksreglen snever, og må dessuten knyttes opp mot de arbeidsoppgaver det kreves forskjellsbehandling for. Unntaket gir ikke anledning til å unnta en hel virksomhet under denne bestemmelsen. For eksempel ved å unnta et helt trossamfunn under denne begrunnelsen for å kunne forskjellsbehandle. Det er altså tale om et forholdsmessighetsprinsipp. Det vil si at forskjellsbehandlingen er rettmessig dersom den står i rimelig forhold til formålet med å ansette et bestemt kjønn<sup>126</sup>.

### 3.2 ”(...) med unntak av indre forhold i trossamfunn”

Likestillingsloven har som nevnt ett unntak fra sitt virkeområde når det gjelder trossamfunn. Bestemmelsen lyder slik:

”Loven gjelder på alle områder, med unntak av indre forhold i trossamfunn”.

#### 3.2.1 Bakgrunn

Da likestillingsloven var ute på høring, var det særlig to hovedproblemstillinger som ble tatt opp i sammenheng med unntaket i § 2.

Den første problemstillingen var om Den norske kirke (Statskirken) skulle likestilles med de øvrige trossamfunn. Den andre var om trossamfunn i det hele tatt skulle undras fra lovens virkeområde<sup>127</sup>.

##### 3.2.1.1 Særlig om Den norske kirke

Den norske kirke er et trossamfunn, basert på den evangelisk-lutherske religion.

Medlemmene er døpt og kirken har et eget trosgrunnlag. Trosgrunnlaget består av Bibelen og fem bekjennelsesskrifter<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> NOU 2008: 1, s. 29

<sup>126</sup> NOU 2008: 1, s. 29

<sup>127</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975), pkt. 3.1.3

Den norske kirke står i en særstilling blant de andre trossamfunn i Norge. En av årsakene til dette er statskirkeordningen. Statskirkeordningen er lovfestet i Grunnloven § 2 annet ledd. Statskirkeordningen har eksistert i Norge i mange hundre år og ble etablert i en tid når det var naturlig at statsoverhodets religion også skulle være folkets religion. Kjernen i ordningen er at staten etter Grunnlov er pålagt forpliktelser overfor religionen og en utstrakt styringsmyndighet over Den norske kirke<sup>129</sup>.

En annen grunn til at Den norske kirke står i en særstilling er på grunn av den store oppslutningen. Slik som nevnt tidligere er nesten 85 % av den norske befolkningen medlemmer av Den norske kirke<sup>130</sup>.

På bakgrunn av trossamfunnets særstilling, ble spørsmålet om Den norske kirke skulle likestilles med de øvrige trossamfunn.

For det første var det få av høringsinstansene som direkte kommenterte spørsmålene vedrørende trossamfunn og Den norske kirke. For det andre var det enighet om at Den norske kirke bør likestilles med de andre trossamfunn, fordi det religiøst sett har religiøse normer på lik linje med andre trossamfunn. Videre fremkommer det av forarbeidene at spørsmålet om Den norske kirke var vanskelig å utrede på grunn av dens tilknytning til staten. På bakgrunn av dette ble uttalelsene fra Kirke- og Undervisningsdepartementet lagt til grunn. Kirke- og Undervisningsdepartementet mente at alle trossamfunn burde likestilles. Den norske kirke ble derfor likestilt med øvrige trossamfunn i Norge<sup>131</sup>.

Formelt sett har kvinner adgang til alle kirkelige stillinger i Den norske kirke, men det finnes fortsatt motstandere av dette syn innen kirken. At det finnes motstandere at dette syn

---

<sup>128</sup> NOU 2006: 2, s. 17

<sup>129</sup> NOU 2006: 2, s. 33

<sup>130</sup> Mer statistikk i pkt. 1.4.3.1

<sup>131</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975), s. 23, 24

vil ha betydning for hvordan de mindre menigheter organiserer sin menighet, og deres tolkning av religion og praktisering<sup>132</sup>.

### 3.2.1.2 Hvorfor er trossamfunn unntatt fra likestillingsloven?

Den neste problemstillingen, som ble tatt i forarbeidene, var om trossamfunn i det hele tatt skulle unntas fra lovens virkeområde. Igjen ble det lagt vekt på at ingen av høringsuttalelsene uttrykkelig har gått imot forslaget om et unntak fra likestillingsloven<sup>133</sup>, på grunn av sakens kompleksitet.

Hensynet til religionsfriheten spilte den avgjørende rollen i denne sammenheng. Religionsfriheten, som er grunnlovsfestet i Grunnloven § 2 første ledd, ble anset for å være et tungtveiende hensyn for å la forhold omkring religionsutøvelsen være unntatt fra likestillingsloven. Det ble imidlertid presisert at det kun er spørsmål som har "nær sammenheng med selve religionsutøvelsen" som er unntatt fra lovens ordlyd<sup>134</sup>.

### 3.2.2 Religionsfrihet

Grunnlovens § 2 første ledd verner religionsfriheten i Norge. Bestemmelsen lyder slik;  
"Alle Indvaanere af Riget have fri religionsøvelse".

Religionsfrihet innebærer at man har frihet til å ha den religiøse tro man ønsker og at man har frihet til å uttrykke troen gjennom handlinger og ord<sup>135</sup>.

Opprinnelig var § 2 første ledd en bestemmelse om statskirken, og et forbud mot jesuitter, munkeordener og jøder. Paragrafen har imidlertid blitt endret en rekke ganger siden 1814. Slik bestemmelsen er nå, har den vært siden 1964. Religionsfriheten ble grunnlovsfestet

---

<sup>132</sup> NOU 2008: 1, s. 54

<sup>133</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975), s. 24

<sup>134</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975), s. 24

<sup>135</sup> Innst.S.nr.9 (2000-2001)

ved denne endringen. Bestemmelsen i Grunnlovens § 2 første ledd ble foreslått av Dissenterlovkomiteen<sup>136</sup>. Med dissenterloven var det adgang for å melde seg ut av statskirken, for å bli medlem av andre kirkesamfunn i landet. Loven hjemlet også muligheten til å ikke være medlem av noe religiøst samfunn i det hele tatt. Dissenterloven ble opphevet i 1969. Begrepet ”dissenter” betyr uenig. Begrepet ble valgt for å vise at man valgte et annet standpunkt enn statskirkens tro<sup>137</sup>.

Ved tolkningen av Grunnloven § 2 er det en vanlig oppfatning at tolkingen skal skje i lys av samfunnsutviklingen. Hva man legger i religionsfrihet vil derfor forandre seg med tiden<sup>138</sup>. Det viser også utviklingen fra den opprinnelige grunnlovsbestemmelsen.

Et annet viktig moment ved tolkning av Grunnloven § 2 første ledd er at religionsfriheten som bestemmelsen hjemler, ikke er absolutt. Det vil si at religionsfriheten ikke gjelder uten begrensninger. Av ordlyden til grunnlovsbestemmelsen kan dette virke som tilfelle. Imidlertid er det klart at det kan gjøres inngrep i religionsfriheten, dersom andre legitime interesser skal beskyttes. I den foregående debatt ved vedtakelsen av § 2 første ledd, ble begrensningen i religionsfriheten drøftet. Dissenterlovkomiteen som foreslo grunnlovsbestemmelsen ønsket at bestemmelsen også skulle inneha et alternativ hvor begrensningen i religionsfriheten var tydelig. Stortinget vedtok imidlertid grunnlovsbestemmelsen uten forbehold om begrensning i religionsfriheten. Dette blant annet fordi flertallet mente at det er en selvfølge at religionsfriheten ikke var absolutt, og at det derfor ikke var nødvendig å si dette i lovteksten<sup>139</sup>. Samtidig var det en frykt for at det ville bli lagt for mye i forbeholdet i religionsfriheten dersom lovteksten nevnte dette uttrykkelig<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> St. Dok.nr.13 (1959-1960) sitert fra Innst.S.nr.9 (2000-2001)

<sup>137</sup> Artikkel om dissenterloven

<sup>138</sup> Innst.S.nr.9 (2000-2001)

<sup>139</sup> Innst.S.nr. 9 (2000-2001)

<sup>140</sup> St.forh. (1963-1964) s. 2903 sitert fra Innst.S.nr.9 (2000-2001)

Uansett var det viktig at dersom begrensninger skulle gjøres i lov måtte disse være ”lojale overfor religionsfrihetens prinsipp”<sup>141</sup>.

Forbeholdet i religionsfriheten var et særlig tema under vurderingen av tillatelse for moskeer å kalle til fredagsbønn med bønnerop. Ved Innst.S.nr.9 (2000-2001) ble bønnerop problemstillingen kommentert av Lovavdelingen i Justisdepartementet. Justisdepartementet kom til at et generelt lovforbud mot bønnerop ville være i strid med religionsfriheten som også er lovfestet i internasjonale konvensjoner. Imidlertid kunne bønnerop underlegges ”visse bergrensninger, uten at dette ville stride mot Grunnloven”. Forutsetningen er at begrensningene er saklig begrunnet og proporsjonale i forhold til begrunnelsen og ikke er diskriminerende<sup>142</sup>.

Vurderingen fra lovkomiteen var altså at bønnerop falt under religionsfriheten slik beskrevet i Grunnloven. Likevel kunne den underlegges visse begrensninger som fulgte av annen lovgivning uten at dette ble ansett som diskriminering. For å tillate begrensning måtte begrensningen være nødvendig av hensyn til den offentlige trygghet, ”for å beskytte den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”.

Støyplage for andre ble blant annet vurdert som et relevant hensyn for å begrense omfanget av bønnerop. Hensynet til støyplage var ikke nok til å begrunne et helt forbud mot bønnerop. Det var ingen hensyn som generelt var sterke nok til å forby dem. Hensynet til støyplage kunne imidlertid gi grunnlag for å sette restriksjoner på lydnivå, bruk av høytalere og hyppighet<sup>143</sup>.

For å oppsummere; er det derfor adgang til å begrense religionsfriheten. Dersom en virksomhet anses for å falle under vernet etter § 2 i Grunnloven, skal det en del til for å begrense den. Men det er ikke umulig. Blant annet skal det foreliggende hensyn ”beskytte

---

<sup>141</sup> Innst.S.nr.9 (2000-2001)

<sup>142</sup> Innst.S.nr.9 (2000-2001)

<sup>143</sup> Innst.S.nr.9 (2000-2001)

den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”<sup>144</sup> for at det kan gjøres begrensninger i religionsfriheten. Det må med andre ord foretas en forholdsmessighetsvurdering; måle religionsfriheten opp mot sentrale hensyn som tilsier at religionsfriheten bør begrenses. I bønnerop saken som er nevnt over var det klart at bønnerop ikke kunne forbys fordi det ville gå imot trossamfunnets religionsfrihet. Om det skulle settes begrensninger i bønnerop er ikke kommentert.

### 3.2.2.1 Religionsfrihet i trossamfunnsloven

Religionsfriheten er også hjemlet i trossamfunnslovens § 1. Definisjonen av trossamfunn ble gjennomgått i punkt 1.4.3. Paragraf 1 hjemler adgangen til å drive religiøs virksomhet alene eller med andre. Vilåret for å drive religiøs virksomhet alene eller med andre er at ”rett og sømd” ikke krenkes. Det vil si at trossamfunnene må drive en ærlig religiøs virksomhet og ikke bryte annen lovgivning ved virksomheten<sup>145</sup>.

Trossamfunnsloven avløste den tidligere dissenterloven, og bestemmelsen i § 1 er ment som en prinsippbestemmelse for å markere overgangen fra tidligere lov og begrepet ”dissenter”<sup>146</sup>. Bestemmelsen ønsker også å vise at religionsfriheten gjelder for alle, ikke kun for kristne samfunn<sup>147</sup>.

Ettersom trossamfunnsloven verner om trossamfunnets religionsfrihet, følger den nærmere utredningen om loven nedenfor.

Imidlertid bemerker forarbeidene til trossamfunnsloven at lovens § 1 er uten selvstendig betydning ved siden av Grunnloven § 2 første ledd. Det vil si at de nærmere tolkninger av hva som ligger i religionsfrihet, vil følge av Grunnloven § 2<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Innst.S.nr.9 (2000-2001)

<sup>145</sup> Norsk Lovkommentar, trossamfunnsloven, note 1

<sup>146</sup> Ot.prp.nr.59 (1980-1981) sitert fra Norsk Lovkommentar, trossamfunnsloven, note 1

<sup>147</sup> Norsk Lovkommentar, trossamfunnsloven, note 1

<sup>148</sup> Norsk Lovkommentar, trossamfunnsloven, note 1

### 3.2.2.2 Individuell og kollektiv religionsfrihet

Det finnes ulike skiller i analysen av religionsfriheten. Det ene skillet går mellom religionsfrihet som individrettighet og religionsfrihet til et religiøst kollektiv<sup>149</sup>. Disse problemstillingene skal redegjøres her.

Grunnlovens ordlyd i § 2 første ledd tyder på at bestemmelsen verner om en individuell rettighet. Rettigheten gir rett til ”religionsøvelse”. Ordlyden viser til en rett til å ha eller å ikke ha en religion eller et livssyn. Det finnes ikke begrensninger til hvilket innhold religionen skal ha. Uansett innhold, vil den omfattes under denne bestemmelsen. Bestemmelsen er ubegrenset både i forhold til nasjonal og internasjonal rett. Paragraf 2 gir også foreldre og foresatte en rett til å oppdra sine barn i samme religiøs og moralsk overbevisning som dem selv<sup>150</sup>.

Ordlyden i ”religionsøvelse” viser til at bestemmelsen også omfatter en rett til å praktisere religionen ved siden av retten til å ha en religion. I det å praktisere religionen ligger valgfrihet i forhold til å tre inn og ut av trossamfunn som man selv skulle ønske<sup>151</sup>. Dette er lovfestet i trossamfunnsloven §§ 2, 3 og 4. Religionsfriheten til individet innebærer også en rett til å leve ut sin tro med andre eller alene, og gi uttrykk for sin tro gjennom religiøse handlinger. Videre gir det en rett til å velge sine ledere etter de kriterier religionen har. Ordlyden i Grunnloven tolkes dit hen at den kun verner om individets religionsfrihet<sup>152</sup>.

Ved siden av individets religionsfrihet, har trossamfunnet også en rett til religionsfrihet. Denne betegnes som den kollektive religionsfriheten. Innenfor denne ligger blant annet retten til å bli anerkjent som trossamfunn og retten til indre selvstyre. Trossamfunnets religionsfrihet følger først og fremst av trossamfunnsloven<sup>153</sup>. I følge trossamfunnslovens § 1 har man adgang ”til å skipa trdomssamfunn”. Samlet sett gir bestemmelsen en rett til å

---

<sup>149</sup> NOU 2008: 1, s. 32-33

<sup>150</sup> NOU 2008: 1, s. 33

<sup>151</sup> NOU 2008: 1, s. 33

<sup>152</sup> NOU 2008: 1, s. 33

<sup>153</sup> NOU 2008: 1, s. 33

drive religiøst arbeid alene eller sammen med andre, og opprette trossamfunn.

Trossamfunnsloven gir trossamfunn rett til indre styre. Dessuten følger den kollektive religionsfriheten også av EMK artikkel 9<sup>154</sup>. Ettersom § 1 i trossamfunnsloven ikke har en selvstendig betydning ved siden av Grunnloven § 2, kan den kollektive religionsfriheten også utledes av grunnlovsbestemmelsen.

Religionsfriheten for trossamfunnet innebærer at trossamfunnet selv bestemmer hvordan det skal organiseres og innholdet av den religiøse forkynnelsen. Videre kan det selv bestemme reglene for medlemskapet og hvem som kan være medlemmer. I dette ligger også noe av oppgavens problemstillinger; nettopp det at trossamfunnet kan selv velge hvem det ønsker å ansette som ledere, prester eller lærere, og om personene skal være kvinner eller menn<sup>155</sup>. Det er med andre ord det kollektive aspektet ved religionsfriheten som har særlig betydning her<sup>156</sup>.

### 3.2.2.3 Religionsfriheten i et internasjonalt lys

I forarbeidene til grunnlovsendringen blir det lagt til grunn at religionsfriheten i Grunnlovens § 2 første ledd skal fortolkes i lys av EMK artikkel 9 og SP artikkel 18<sup>157</sup>. Prinsippet om religionsfrihet er nedfelt i begge konvensjonsbestemmelser.

Begge konvensjonsbestemmelser har stort sett samme ordlyd, og når det gjelder problemstillingen i denne avhandlingen kan det legges til grunn at begge artikler har det samme innhold<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> Se Trossamfunnsloven kapittel 1

<sup>155</sup> NOU 2008: 1, s. 33

<sup>156</sup> NOU 2008: 1, s. 33

<sup>157</sup> NOU 2008: 1, s. 32

<sup>158</sup> NOU 2008: 1, s. 18



I følge EMK artikkel 9 nr. 1 har enhver frihet til å gi uttrykk for sin religion ved ”tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse”. Dette gjelder både i det private og i det offentlige<sup>159</sup>.

EMK artikkel 9 hjemler også som nevnt trossamfunnets institusjonelle religionsfrihet. Det vil si retten for trossamfunnet å bestemme dets lære, hvem det skal ansette, hvem som skal være prester, om det skal drive religiøs undervisning og så videre<sup>160</sup>. Det som tidligere er kalt kollektiv religionsfrihet.

Etter EMK artikkel 9 nr. 2 kan religionsfriheten begrenses. Artikkelen sier at begrensningen i kan skje ved lov. Kriteriet er at det er nødvendig i et demokratisk samfunn ”av hensyn til den offentlige trygghet, for å beskytte den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”. Det samme gjelder etter SP artikkel 18. Begrensningene må videre være på bakgrunn av å beskytte viktige hensyn som for eksempel andres grunnleggende rettigheter. SPs artikkel 18 nr. 3 angir begrensningene som nødvendige for at de skal gjelde. Det må foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom det hensyn artikkel 9 ønsker å verne, opp mot det hensyn begrensningen i lovgivningen ønsker å beskytte<sup>161</sup>.

Eksempel på begrensning i lovgivning kan være diskrimineringsvern av kvinner. Det må uansett foretas en forholdsmessighetsvurdering for å se om begrensningen er ”nødvendig”<sup>162</sup>.

Den europeiske menneskerettsdomstol, EMD, har uttrykt vurderingen av begrensning slik:

---

<sup>159</sup> Innst.S.nr.9 (2000-2001)

<sup>160</sup> NOU 2008: 1, s. 33

<sup>161</sup> NOU 2008: 1, s. 21

<sup>162</sup> NOU 2008: 1, s. 19

”According to the Court’s established case-law, the notion of necessity implies that an interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued”<sup>163</sup>.

Forholdsmessighetsvurderingen avhenger altså av hvilken type praksis lovgivningen ønsker å gripe inn i. For eksempel vil ansettelse av en religiøs leder i trossamfunnet ha sterkere vern i religionsfriheten, enn omskjæring av kvinner<sup>164</sup>.

Begrepet ”religion” skal etter EMK tolkes vidt. Det vil si at også kontroversielle trosretninger regnes som ”religion” etter artikkel 9. Dette er slått fast i en rekke avgjørelser i EMD, første gang i 1979<sup>165</sup>.

EMK artikkel 9 krever også at de aktiviteter trossamfunnet ønsker å beskytte, må være i samsvar med den religiøse overbevisningen som trossamfunnet har valgt. Det er altså et skille mellom de aktiviteter som ikke uttrykker den religiøse overbevisningen, og de aktiviteter som er uttrykk for overbevisningen<sup>166</sup>.

En oppsummering av religionsfriheten viser særlig adgangen til å begrense religionsfriheten dersom sterke hensyn tilsier at religionsfriheten bør vike. Det altså ikke tale om å ikke vektlegge religionsfriheten, men nå måle religionsfriheten opp mot andre sentrale hensyn. Det må derfor foretas en forholdsmessighetsvurdering dersom begrensninger i religionsfriheten skal vurderes.

### 3.2.3 ”(...) indre forhold”

For at unntaket i likestillingsloven § 2 skal komme til anvendelse, må det videre være tale om ”indre forhold” i trossamfunnet. Av forarbeidene blir dette karakterisert som den delen som har nær sammenheng med selve religionsutøvelsen å gjøre. Selve religionsutøvelsen i trossamfunnet er derfor helt klart unntatt fra loven under dette unntaket. For eksempel kan

---

<sup>163</sup> Sak Olsson mot Sverige, dom 24.mars 1988, sitert fra NOU 2008: 1, s. 22

<sup>164</sup> NOU 2008: 1, s. 22

<sup>165</sup> EMDs saknr. 7805/77 Pastor X og Church of Scientology mot Sverige, sitert fra NOU 2008: 1, s. 22

<sup>166</sup> NOU 2008: 1, s. 24

det nevnes at likestillingsloven ikke er til hinder for at kvinner avskjæres fra visse religiøse begivenheter, ettersom det faller under religionsutøvelsen<sup>167</sup>. Som et praktisk eksempel kan det nevnes at kvinner og menn i muslimske menigheter oppfattes som likeverdige, men forskjellige. Dermed er deres religiøse oppgaver også forskjellige. På bakgrunn av dette kan kun menn lede en bønn i en forsamling av begge kjønn. Kvinner kan fungere som bønneleder kun for kvinner<sup>168</sup>. At kvinner avskjæres fra å lede bønn i en forsamling med begge kjønn vil derfor falle innenfor ”indre forhold”.

Unntaket om ”indre forhold” grenser til tilfeller der trossamfunn driver virksomheter som ikke har nær sammenheng med religionsutøvelsen. Dette kan være at trossamfunnet driver skoler, barnehager, og så videre. I de tilfellene der skolen holder undervisning, som har nær sammenheng med religionsutøvelsen, vil det falle innenfor unntaket. Typiske eksempler på det er søndagsskoler eller spesiell religionsundervisning. Dette er eksempler som viser at virksomheter som er beskyttet av religionsfriheten skal undras fra loven. Tilfeller der religionsfriheten ikke har like sterkt vern, og ikke har nær sammenheng med religionsutøvelsen, vil diskrimineringsforbudet i likestillingsloven være gjeldende<sup>169</sup>.

Om en virksomhet eller handling vil falle innenfor unntaket om indre forhold vil bero på en skjønnsmessig vurdering<sup>170</sup>.

### 3.2.3.1 Religiøs begrunnelse

Forståelsen av hva som ligger i ”indre forhold i trossamfunn”, har Ombudet blant annet utredet som en veiledningssak og deretter sendt ut brev til sentrale registrerte trossamfunn. Brevene er skrevet for å avklare og gi veiledning om unntaket<sup>171</sup>. Slik som nevnt over i rettskildekapittelet er veiledningssaker som uttalelser fra Ombudet sentrale i forståelsen av

---

<sup>167</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975)

<sup>168</sup> NOU 2008: 1, s. 62

<sup>169</sup> NOU 2008: 1, s. 38

<sup>170</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975), s. 24

<sup>171</sup> Opplysning etter personlig kontakt med Ombudet

diskrimineringsregelverket. Ved siden av momenter fra forarbeidene, vil tolkningsmomenter fra brevene derfor være sentrale i forståelsen av unntaksbestemmelsen.

Spørsmålet er om virksomheten eller handlingen fra trossamfunnet har sammenheng med praktiseringen av religionen, om forskjellsbehandlingen er religiøst begrunnet. Hva som er religiøst begrunnet har Ombudet hittil lagt opp til de enkelte trossamfunn å definere. Ombudet har lagt til grunn at forskjellsbehandlingen er religiøst begrunnet hvis den er begrunnet i fortolkninger av troen<sup>172</sup>.

Imidlertid er det uklart om det kan anses som religiøst begrunnet dersom spørsmålet henvises til hva som er fast praksis hos trossamfunnet. I en konkret sak har Ombudet uttalt at det ikke kan henvises til at menighetens hovedpastor ”alltid har vært mann”, og ansettelse av kvinne derfor gikk imot denne tradisjonen. Her vil dette argument ikke være tilstrekkelig<sup>173</sup>. Begrunnelsen ligger i at hva som ligger i tradisjoner og det som ligger i den religiøse tro er separate vurderinger. Dette gjelder uansett ikke der tradisjonene i et trossamfunn er religiøse tradisjoner, eller hvor det ikke er mulig å skille mellom lokale eller kulturelle tradisjoner<sup>174</sup>.

Et annet spørsmål er om linjen mellom lære og tradisjon kan trekkes i forhold til hva trossamfunnet selv mener. Det er klart at det ikke kreves bred enighet blant alle ledd i et trossamfunn, eksempelvis medlemmene, prester, ledere osv. Det som er uklart er om flertallet av trossamfunnets oppfatning skal legges til grunn eller mindretallets ved uenighet innen trossamfunnet<sup>175</sup>. Dette kan i realiteten problematiseres ytterligere der trossamfunnet har flere talerør mot samfunnet og media. Enighet om alle trosspørsmål innen en menighet kan vanskelig tenkes når tolkningen beror på hvordan troen skal forstås. De fleste aktører innen et trossamfunn vil ha sine meninger og oppfatninger om hva læren sier.

---

<sup>172</sup> Ombudets brev til diverse trossamfunn 24.juni 2003

<sup>173</sup> Ombudets brev til Pinsemenigheten Betel Trondheim 24.juni 2003

<sup>174</sup> NOU 2008: 1, s. 38

<sup>175</sup> NOU 2008: 1, s. 38

Det er klart at forskjellsbehandling ikke kan tillates dersom kvinner og menn kan likestilles etter vanlig praksis i trossamfunnet, eller stillingene faktisk har vært åpnet for kvinner tidligere. I slike tilfeller må det avgjøres om forskjellsbehandlingen hadde nær sammenheng med religionsutøvelsen<sup>176</sup>. Det samme gjelder ved ansettelse av personell som har oppgaver som ikke har typiske religiøse formål. Dette vil klart falle utenfor trossamfunnets indre forhold<sup>177</sup>. For eksempel ved økonomistyring i trossamfunnet.

Ombudet uttalte blant annet følgende i et brev til kirkelige organisasjoner 22.november 2002;

”(...)de enkelte klagesaker må vurderes konkret i forhold til spørsmålet om indre forhold. Hvis det dreier seg om en ansettelse i en menighet som fra før har kvinnelige prester ansatt, eller som har oppfordret kvinner til å søke stillingen, er det temmelig åpenbart at menigheten ikke kan påberope seg noen religiøs begrunnelse for å ikke ansette kvinnelige prester”<sup>178</sup>.

Det samme følger av en annen uttalelse fra Ombudet hvor det er nevnt at det ikke kan anses som religiøst begrunnet at kvinner ikke kunne være medlemmer når trossamfunnet fra før hadde et kvinnelig medlem. I følge denne menigheten hadde den første kvinnen blitt ansatt på bakgrunn av særlige regler, og at hun ikke hadde den samme status som de andre medlemmene<sup>179</sup>. Begrunnelsen er likevel ikke holdbar når praksis innenfor trossamfunnet viser at forskjellsbehandling ikke er nødvendig.

I saksnummer 2002/101 hadde kvinner blitt oppfordret til å søke på stillingen som kapellan ved Oslo bispedømme, men det ble ansatt en mann i stillingen. Ombudet uttalte at dersom kvinner var blitt oppfordret til å søke på stillingen, vil ikke unntaket indre forhold gjelde<sup>180</sup>. I denne konkrete saken ble bispedømmerådet kritisert for ikke å ha ansatt en kvinne i

---

<sup>176</sup> NOU 2008: 1, s. 38

<sup>177</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975)

<sup>178</sup> Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22.november 2002

<sup>179</sup> Ombudets brev til Filadelfia Vennesla 24.juni 2003

<sup>180</sup> Ombudets saksnummer 2002/101

stillingen, når Oslo bispedømme selv hadde oppfordret kvinner til å søke på stillingen. Ombudet tok opp saken etter eget initiativ, og ønsket å gjøre de kvinnelige søkerne oppmerksomme på deres rett til å klage dersom de følte seg forbigått i henhold til likestillingsloven. Det ble imidlertid ikke fremmet noen klage<sup>181</sup>.

Ombudets uttalelser, og eksemplene over, viser at handling som har nær sammenheng med religionsutøvelsen likevel ikke vil falle under unntaket der likestilling tidligere har vært akseptert. Forskjellsbehandlingen i trossamfunnet må med andre ord være konsekvent for at trossamfunnet skal kunne begrunne det religiøst. Har trossamfunnet valgt å fremme likestilling mellom kjønnene, ved å gi begge de samme typer stillinger tidligere, har ikke trossamfunnet lenger adgang til å begrunne forskjellsbehandling i unntaket indre forhold. Da vil også likestillingslovens bestemmelser gjelde fullt ut<sup>182</sup>.

I mange trossamfunn vil menn og kvinner ha ulike oppgaver i forhold til trossamfunnets religiøse ritualer. Noen religioner vil av samme årsak utelukke det ene kjønn fra noen av trossamfunnets ritualer. Disse tilfellene vil helt klart falle innenfor unntaket om indre forhold<sup>183</sup>. Slik som eksemplet om de muslimske menigheter, gjelder en tilsvarende overbevisning hos den kristelige menighet (Smiths Venner). Her har også kvinner og menn forskjellige oppgaver, og kvinner kan i følge deres tro ikke være lærer i menigheten<sup>184</sup>.

Ved ansettelser i et trossamfunn er det derfor i følge unntaket adgang til å forbeholde noen av stillingene til et kjønn. I forarbeidene blir ansettelse av prester og klokker nevnt som et eksempel på kirkelig anliggende og som vil falle under ”indre forhold”, i motsetning til stillinger som ikke har noe med religionsutøvelsen å gjøre, for eksempel som vaktmester<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> Ombudets saksnummer 2002/101

<sup>182</sup> NOU 2008: 1, s. 39

<sup>183</sup> NOU 2008: 1, s. 40

<sup>184</sup> NOU 2008: 1, s. 61

<sup>185</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975)

Den norske kirke står i en litt annen stilling enn andre trossamfunn når det gjelder likestilling<sup>186</sup>. Den norske kirke har tidligere slått fast at likestilling mellom kjønnene ikke vil stride mot deres tro. Dette er også blitt bevist gjennom ansettelse av kvinnelige prester og biskoper. Derfor vil likestillingsloven gjelde fullt ut for Den norske kirke<sup>187</sup>.

Unntaket kan imidlertid påberopes av enkeltmenigheter som mener at forskjellsbehandling er nødvendig på grunn av deres tolkning av troen. Dette må da vurderes konkret i hver situasjon. Forståelsen av unntaket er likt for alle trossamfunn, men det er forståelsen av forskjellsbehandlingen som er ulik for hvert trossamfunn<sup>188</sup>.

Dette gjør at unntaksbestemmelsen ikke kan tolkes som så konsekvent som det ved første øyekast virker som. Dersom enkeltmenigheter kan ta egne standpunkt mot den sentrale menigheten, gjør at bestemmelsen blir særlig uforutsigbar. Av de momenter og eksempler som er nevnt under dette punktet kan man også se at problemstillingene ikke er særlig problematisert. At det ikke foreligger sammenlignbar praksis om likestillingsloven § 2, er meget synlig under dette punktet.

### 3.2.3.2 Påberopelse av unntaket

I følge ombudet er det trossamfunnet eller menigheten som må påberope seg unntaket, ved å forklare at forskjellsbehandlingen er nødvendig konsekvens av religionsutøvelsen<sup>189</sup>. Årsaken til dette er at det er menigheten eller trossamfunnet som har vern i unntaket om indre forhold. Unntaket om indre forhold er som nevnt begrunnet i hensynet til religionsfriheten. Menigheten vil derfor være nærmest til å forklare hvorfor kvinner ikke kan bli ansatt, hvis det for eksempel er imot deres religiøse overbevisning<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> NOU 2008: 1, s. 39

<sup>187</sup> Ombudets sak, nr. 2005/152

<sup>188</sup> Ombudets sak, nr. 2005/152

<sup>189</sup> NOU 2008: 1, s. 39

<sup>190</sup> Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22.november 2002

Menigheten eller trossamfunnet må også dokumentere hvorfor forskjellsbehandling har funnet sted. Dette for eksempel gjennom tidligere uttaleleser fra menigheten<sup>191</sup>. Ombudet har uttalt at:

”Unntaket for indre forhold kommer til anvendelse i de tilfeller der forskjellsbehandlingen av kvinner og menn skyldes menighetens dokumenterte religiøse motstand mot kvinnelige prester”<sup>192</sup>.

Det sentrale er derfor at forskjellsbehandlingen uansett må dokumenteres.

Unntaksbestemmelsen kan ikke påberopes av enkeltpersoner. Da heller ikke av enkeltpersoner som for eksempel ”kvinneprestmotstandere” som nekter å ha noe med kirker med kvinnelige prester å gjøre<sup>193</sup>.

### 3.2.3.3 Snever unntaksadgang

Av de momenter som er nevnt i gjennomgangen av unntaket, er det klart at unntaket i likestillingsloven § 2 skal tolkes snevert og strengt<sup>194</sup>. Unntaket gir ikke generell adgang til diskriminering på grunn av kjønn i trossamfunn. Forskjellsbehandlingen skal forankres i trossamfunnets religiøse tro. Dessuten må trossamfunnet til en viss grad kunne dokumentere at forskjellsbehandlingen er begrunnet i tolkning av religionen. Ombudets generelle uttalelser og veiledningsbrev peker i den samme retningen.

Et annet viktig poeng er at EUs likestillingsdirektiv, som er harmonisert med likestillingsloven, angir en streng og snever unntaksadgang når det gjelder forskjellsbehandling ved ansettelser.

Et moment som gjør utvider bestemmelsens omfang er at trossamfunnsbegrepet kan tolkes utvidende. Slik som redegjort tidligere, kan trossamfunnsbegrepet utvides til å omfatte

---

<sup>191</sup> Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22.november 2002

<sup>192</sup> Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22.november 2002

<sup>193</sup> Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22.november 2002

<sup>194</sup> NOU 2008: 1, s. 37



frivillige organisasjoner som begrunner sin etikk på en utvalgt religiøs tro. Imidlertid vil frivillige organisasjoner på lik linje med trossamfunn være begrenset etter det som følger av dette kapittelet.

### 3.2.4 Virkninger av likestillingsloven § 2

Dersom man kommer til at handlingen eller forskjellsbehandlingen faller innenfor lovens unntak om ”indre forhold i trossamfunn”, vil for det første ikke likestillingslovens bestemmelser komme til anvendelse. Dette gjelder da alle sider ved likestillingsloven, ikke bare de arbeidsrettslige sidene av den. Forholdet faller da innenfor den religiøse begrunnelsen til trossamfunnet, og forholdene blir regulert i samsvar med deres tro.

Først må det foretas en konkret vurdering om forholdet faktisk faller innenfor eller utenfor unntaket. Det gjelder hvert ledd av forskjellsbehandlingen. Slik som nevnt over vil trossamfunnet også måtte dokumentere at forskjellsbehandlingen er begrunnet i deres religiøse tro. Deretter må det tas stilling til om forskjellsbehandlingen faller innenfor eller utenfor unntaket. Faller forholdet utenfor det ”indre forhold i trossamfunn” vil likestillingsloven gjelde fullt ut for trossamfunnet. Dersom forholdet faller innenfor unntaket kan verken Ombudet, Nemnda eller domstoler, håndheve likestillingsloven når det gjelder indre forhold i trossamfunn<sup>195</sup>.

Likestillingsloven § 17 gir rett til erstatning og oppresning dersom en arbeidssøker eller arbeidstaker har blitt forskjellsbehandlet i strid med likestillingsloven. Dersom en ønsker å klage inn til Ombudet eller Nemnda, følger virkningene av det som er referert til i pkt 2.3.3.1 om håndheving av diskrimineringslovgivningen. Ombudet vil søke å oppnå en frivillig løsning. Nemnda kan på den andre siden illegge arbeidsgiveren tvangsmulkt for å få blant annet stanset forskjellsbehandlingen. Men verden Ombudet eller Nemnda gir rett til økonomisk kompensasjon ved at en klagesak føres hos dem<sup>196</sup>. Det er derfor viktig å

---

<sup>195</sup> NOU 2008: 1, s.37

<sup>196</sup> Se pkt. 2.2.3.1

bemerke at virkningene etter likestillingsloven § 17 kun kommer til anvendelse dersom saken klages inn til domstolene.

### 3.3 Det ulovfestede unntak fra forskjellsbehandling i likestillingsloven

I forarbeidene til likestillingsloven forutsettes det at saklig forskjellsbehandling ikke er i strid med loven. Dette gjelder selv om denne adgangen ikke er hjemlet i loven<sup>197</sup>. Det finnes derfor et ulovfestet unntak fra forskjellsbehandling i likestillingsloven. Et eksempel på unntaksadgangen er dersom noen ønsker å ansette en kvinnelig skuespiller til en kvinnelig rolle.

Ettersom unntaksregelen er ulovfestet, er det uklart hvor langt den rekker. Det er imidlertid tale om et snevert unntak. Det er videre klart at unntaket må tolkes i samsvar med EUs likestillingsdirektiv som bygger på en forholdsmessighetsvurdering<sup>198</sup>. For at saklig forskjellsbehandling skal tillates dersom handlingen har et

”saklig formål uavhengig av kjønn, hvor det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.”<sup>199</sup>

### 3.4 Revisjonsforslag

Unntaket i likestillingsloven § 2 har vært gjenstand for kritikk en rekke ganger gjennom årene. Årsaken til dette er blant annet uklarheter rundt praktiseringen av bestemmelsen. Dessuten tolkes ofte unntaket til at likestillingsloven ikke gjelder for trossamfunn i det hele tatt. Dette følger av Ombudets erfaring med unntaksbestemmelsen<sup>200</sup>.

Ombudet har krevd oppklaring rundt unntaket, og mener at bestemmelsen er uheldig på grunn av signaleffekten den har, altså å tillate forskjellsbehandling av kvinner. Uansett

---

<sup>197</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001)

<sup>198</sup> NOU 2008: 1, s. 45

<sup>199</sup> NOU 2008: 1, s. 68

<sup>200</sup> Ombudets sak 2005/388

mener Ombudet at man ved vurdering av problemstillinger rundt unntaket vil stå overfor en konflikt mellom to menneskerettigheter; retten til å ikke bli diskriminert på grunn av kjønn og retten til å utøve sin religion i samsvar med sin tro. Videre mener Ombudet at det er viktig å endre reglene på grunn av signaleffekten unntaket har, altså at unntaket ikke tillater at trossamfunn er unntatt fra likestillingsloven på generelt grunnlag<sup>201</sup>.

Likestillingsloven ble blant annet revidert i 2002. Barne- og likestillingsdepartementet fremmet ikke forslag om endringer i unntaksbestemmelsen ved denne revideringen. Likevel var det flere høringsinstanser som kommenterte unntaket i likestillingsloven § 2. Dels dreide kommentarene seg om likestillingen av Den norske kirke med de øvrige trossamfunn. Noen av høringsinstansene mente at unntaket ikke skulle gjelde Den norske kirke, mens andre mente at unntaksbestemmelsen burde ha blitt opphevet for alle trossamfunn. LO<sup>202</sup> etterlyste en drøftelse av forholdet mellom likestillingsloven og religionsfrihet<sup>203</sup>. Det ble ikke fremmet noen forslag om endringer om unntaksbestemmelsen, men det ble uttalt at unntaket skulle utredes i samråd med kirken, og sendes på høring<sup>204</sup>. Det har ikke blitt gjennomført<sup>205</sup>.

Generelt sett har unntaket i likestillingsloven § 2 stått slik det har gjort siden loven ble vedtatt, selv om den har blitt kritisert. NOU 2008: 1 tar imidlertid opp revisjonsforslagene som foreligger, og gir konkrete endringsforslag<sup>206</sup>.

### 3.5 Trossamfunn som arbeidsgiver

---

<sup>201</sup> Ombudets sak 2005/388

<sup>202</sup> Forkortelse for Landsorganisasjonen i Norge

<sup>203</sup> NOU 2008: 1, s. 12-13

<sup>204</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 8

<sup>205</sup> NOU 2008: 1, s. 13

<sup>206</sup> NOU 2008: 1

### 3.5.1 Arbeidsgivers ansvar

Unntaket i likestillingsloven § 2 gjelder kun i forkant av ansettelser. Dersom en kvinne først har blitt ansatt i et trossamfunn, uavhengig av hvilken stilling hun blir ansatt i, må trossamfunnet som arbeidsgiver sørge for at kvinnen ikke utsettes for diskriminering i arbeidsforholdet<sup>207</sup>.

Skal trossamfunnet ansette personell som ikke vil falle under ”indre forhold i trossamfunn” har det en plikt etter likestillingsloven § 4 å lyse ut stillingen for begge kjønn, dersom stillingen skal utlyses. Etter § 3a vil behandling som fremmer likestillingslovens formål ikke være i strid med loven. Et konkret eksempel som er nevnt tidligere er Ombudets sak 2002/101 om ansettelse av kvinnelig prest i Oslo bispedømme. I dette tilfellet ville ikke unntaket om ”indre forhold i trossamfunn” gjelde ettersom de i utlysningen hadde oppfordret særlig kvinner til å søke<sup>208</sup>.

Videre har trossamfunnet ansvar for at både kvinner og menn får lik lønn for likt arbeid etter § 5 i likestillingsloven. Arbeidsmiljøloven har essensielle bestemmelser om arbeidsmiljøet til den enkelte ansatte. Dette vil være bestemmelser som også vil gjelde for trossamfunn. Arbeidsgivers ansvar strekker seg også til utførelsen av arbeidsoppgaver<sup>209</sup>.

### 3.5.2 Hvem er arbeidsgiver i trossamfunnet?

Problemstillingen som kan dukke opp, er hvem som er arbeidsgiveren i trossamfunnet. Spørsmål om hvem som har det overordnede ansvaret for de ansatte og for arbeidsmiljøet innen trossamfunnet, er viktige i forhold til den enkelte ansattes sikkerhet og arbeidsmiljø. Arbeidsmiljølovens § 2-1 fastslår at arbeidsgiveren ”skal sørge for at bestemmelsene gitt i og i medhold av denne lov blir overholdt”. Bestemmelsene det er tale om er kompetanseregler. Kompetanseregler ”er regler som angir hvilke betingelser som må være

---

<sup>207</sup> Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22.november 2002

<sup>208</sup> Ombudets sak 2002/101

<sup>209</sup> Norsk lovkommentar, § 2-1, note 1

til stede for at det skal foreligge kompetanse”. Arbeidsgiveren er altså den som har kompetansen til å gjennomføre de plikter som medfølger hans stilling<sup>210</sup>.

Organiseringen innad i et trossamfunn vil variere fra trossamfunn til trossamfunn, og kan være meget ulik andre arbeidsplasser. Slik som redegjørelsen over viser kan prestestillingene falle både innenfor og utenfor unntaket om indre forhold i trossamfunn, dersom for eksempel et trossamfunn tidligere har valgt å ansette en kvinnelig prest. De stillinger som ikke omfattes av unntaket vil arbeidsgivers ansvar gjelde fullt for. Likevel kan trossamfunn ha en rekke andre ansatte også, eksempelvis sekretærer, renholder, og så videre avhengig av hvor stort trossamfunnet er og hvordan det er organisert.

Videre kan et trossamfunn ha en rekke personer som i det ytre kan fremstå som leder eller ansvarstaker. For eksempel presten. Men det kan også tenkes tilfeller der oppgavene i trossamfunnet er mer sammensatte og flere opptrer samtidig, for eksempel et helt styre eller hvor hele menigheten tar demokratiske avgjørelser i fellesskap.

Arbeidsgiverbegrepet er funksjonelt og det skal blant annet ”legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner”<sup>211</sup>. Videre sier forarbeidene etter en konkret vurdering kan arbeidsgiver ansvaret kan plasseres hos flere, dersom ”andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner”.

Ved vurdering av hvem som er arbeidsgiver i trossamfunnet, kan det videre legges vekt på den som har instruksjonsmyndighet og den som utfører kontroll. Et annet moment kan være hvem som har ansvaret med å utbetale lønn eller den man har undertegnet arbeidsavtalen med<sup>212</sup>.

Det må altså til en konkret vurdering med utgangspunkt i momentene som er nevnt over for å avgjøre hvem som er arbeidsgiveren i den enkelte tvist.

---

<sup>210</sup> Eckhoff (2001), s. 45

<sup>211</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005), s. 76

<sup>212</sup> Arbeidsrett.no, arbeidsmiljøloven, § 1-8, note 4

### 3.6 Sammenlignet med nordisk rett

Både svensk, finsk og dansk rett har i likehet med norsk rett grunnlovsfestet religionsfriheten. I dansk rett er den dessuten stadfestet i flere av landets grunnlovens bestemmelser. Hensynet til religionsfrihet står derfor sterkt i alle de nordiske land<sup>213</sup>.

I den finske og den svenske grunnloven finner man dessuten bestemmelser som verner mot diskriminering. Finland har et alminnelig forbud, mens Sverige også har vern mot kjønnsdiskriminering i grunnloven. Det er altså kun Danmark, i likhet med Norge, som kun har diskrimineringsforbudet forankret i likestillings- og diskrimineringslovgivningen.

Alle de nordiske landene har forbud mot kjønnsdiskriminering i arbeidslivet<sup>214</sup>.

#### 3.6.1 Unntak fra kjønnsdiskriminering i de nordiske land

##### 3.6.1.1 Sverige

Det kan gjøres unntak fra kjønnsdiskrimineringen der et bestemt kjønn er nødvendig på grunn av arbeidets natur eller omstendigheter rundt arbeidet. Unntaket er i overensstemmelse med EUs likestillingsdirektiv som også er harmonisert med den norske likestillingsloven. Svensk rett har imidlertid valgt å følge bestemmelsen slik den er utformet i likestillingsdirektivet, altså med en konkret forholdsmessighetsvurdering av om forholdet faller innenfor eller utenfor unntaket. Trossamfunn og virksomheter drevet av trossamfunn vil blant annet falle innenfor dette unntaket. Imidlertid skal unntaket tolkes strengt og omfatter kun de tilfeller der det er absolutt nødvendig å forskjellsbehandle.

---

<sup>213</sup> NOU 2008: 1, s. 47-50

<sup>214</sup> NOU 2008: 1, s. 47-50

Unntaket omfatter derfor også rett til å forskjellsbehandle kvinner på bakgrunn av religiøs begrunnelse, for eksempel ansettelse av kvinnelige prester<sup>215</sup>.

I likhet med norsk rett kan ikke kvinner forskjellsbehandles innenfor den Svenska kyrkan ettersom det der er adgang for kvinner å bli ansatt som prester. Den Svenska kyrkan har ansatt kvinnelige prester siden 1958<sup>216</sup>.

Arbetsdomstolen i Sverige har hatt to saker som gjelder ansettelse av prester i Svenska kyrkan. I begge tilfeller ble kvinnelig søker forbigått av den mannlige. Domstolen kom til at det ikke var diskriminering på grunnlag av kjønn i begge sakene. Noe av årsaken var at forbigåelsen ikke var begrunnet i religion<sup>217</sup>. Imidlertid uttalte domstolen i den ene saken at dersom forbigåelsen hadde vært religiøst begrunnet, hadde diskrimineringsforbudet kommet i konflikt med religionsfriheten. Grensegangen mellom diskrimineringsvern og religionsfrihet er altså ikke avklart i svensk rett.

Situasjonen er derfor lik forholdene i norsk rett, hvor det heller ikke foreligger en konkret tvist der hensynene har kommet i direkte konflikt med hverandre.

#### 3.6.1.2 Danmark

Det kan gjøres unntak fra forbudet mot kjønnsdiskriminering dersom det i arbeidet er avgjørende at det er et bestemt kjønn som må ansettes i stillingen. Det som er svært ulikt norsk rett på diskrimineringsområdet er at unntaket vil gis i en form for dispensasjon fra hovedregelen. Kompetanse til å gi dispensasjon ligger hos det departement som den aktuelle virksomheten hører til. Dispensasjonene må deretter rapporteres til likestillingsministeren. Dispensasjonene har en generell karakter, som gjør at det ikke trengs å søke om dispensasjon for hvert tilfelle av forskjellsbehandling. Et relevant

---

<sup>215</sup> NOU 2008: 1, s. 47

<sup>216</sup> NOU 2008: 1, s. 48

<sup>217</sup> Arbetsdomstolens saker; AD 69/05 og AD 16/97, sitert fra NOU 2008: 1, s. 48

eksempel på dette er at det er gitt dispensasjon fra å fravike fra likebehandlingsloven ved ansettelse i prestestillinger og andre lignende stillinger i trossamfunn<sup>218</sup>.

### 3.6.1.3 Finland

Vern mot diskriminering følger også av den finske likestillingsloven. Denne loven gjelder på alle samfunnsområder, inkludert arbeidslivet, med unntak for virksomheter som tilhører religiøse samfunnsutøvelser.

I en konkret sak ble ansettelse av en prest i en evangelisk-luthersk menighet dømt til å følge likestillingslovens regler, på tross av unntaket om religiøse samfunnsutøvelser. Domstolen slo fast at ved praktiseringen av religion måtte man likestille mellom kjønnene. Domstolen viste deretter til unntakets formål som begrunner religionsfriheten og den evangelisk-lutherske kirkes selvstendige stilling. Høgsta Domstolen la til grunn at valget av prest ikke var religionsutøvelse i følge loven, fordi likebehandlingsprinsippet allerede var akseptert i kirken. Altså må trossamfunnet følge likestillingsloven dersom det selv åpner for kvinnelige prester<sup>219</sup>.

Det norske Likestillings- og diskrimineringsombudet har tolket unntaket i likestillingsloven tilsvarende. Dersom et trossamfunn ansetter en kvinnelig prest, kan det ikke senere uttale at ansettelse ikke kan skje på grunn av religiøs begrunnelse.

Den finske likestillingsloven har i tillegg et generelt unntak fra diskrimineringsvernet i likestillingsloven. For å kunne forskjellsbehandle må forskjellsbehandlingen være begrunnet i arbeidets art og hvordan arbeidet utføres, og det på grunn av disse spesifikasjoner ikke kan ansette et bestemt kjønn. Forskjellsbehandlingen må med andre ord være legitim. Det må altså foretas en forholdsmessighetsvurdering. Eksempler på

---

<sup>218</sup> NOU 2008: 1, s. 48

<sup>219</sup> NOU 2008: 1, s. 50



legitime grunner er ansettelse av en kvinne i en ledende stilling i en kvinnepolitisk organisasjon<sup>220</sup>.

---

<sup>220</sup> NOU 2008: 1, s. 49, 50

## 4 Kvinner og homofile i trossamfunn NOU 2008:1

### 4.1 Bakgrunn og innhold

Diskrimineringslovutvalget fikk av regjeringen 1.juni 2007 oppgaven med å utrede en samlet lov om diskriminering. NOU 2008:1 om kvinner og homofile i trossamfunn er en delinnstilling i dette arbeidet<sup>221</sup>. Delinnstillingen utreder bortfall av ”unntakene for trossamfunn fra likestillingslovens forbud mot kjønnsdiskriminering og arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av homofil samlivsform ved ansettelser”. Målet med delutredning var å bedre vernet mot kvinner og homofile<sup>222</sup>. Ettersom homofiles diskrimineringsvern ikke er tema for oppgaven, vil kun de momenter som har betydning for kvinners diskrimineringsvern, tas opp her.

Utvalget tar først utgangspunkt i den kritikken unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 2 har mottatt gjennom årene. Den gjengis i utredningen uten nærmere kommentarer<sup>223</sup>. Deretter tar utvalget for seg de internasjonale menneskerettigheter som har relevans for religionsfriheten og diskrimineringsvernet<sup>224</sup>, også betydningen av EU og EØS-avtalen<sup>225</sup>. Videre følger redegjørelse av gjeldende rett, oversikt over nordisk rett og fakta om de største trossamfunn i Norge<sup>226</sup>.

---

<sup>221</sup> NOU 2008: 1, s. 16

<sup>222</sup> NOU 2008: 1, s. 3

<sup>223</sup> NOU 2008: 1, s. 12 og 13

<sup>224</sup> NOU 2008: 1, s. 18

<sup>225</sup> NOU 2008: 1, s. 29

<sup>226</sup> NOU 2008: 1, kapittel 4,5 og 6

## 4.2 Handlingsrom etter internasjonale menneskerettigheter

Av særlig betydning foretar utvalget en vurdering av lovgivers handlingsrom etter menneskerettighetene. Utvalget gjør en vurdering av mulighetene til å endre eller fjerne unntaket etter likestillingsloven § 2, i forhold til hvilke rammer for lovgivningen som følger av de internasjonale forpliktelsene, da særlig etter EMK<sup>227</sup>.

Utvalget presiserer at det er lovgiver og de offentlige myndigheter som er direkte forpliktet etter EMK. Trossamfunn er derfor ikke direkte pålagt til å følge EMK, men må derimot følge norsk lovgivning som er i samsvar med EMKs regler<sup>228</sup>.

EMK retten ikke er klar på hvordan EMK artikkel 9 om religionsfrihet og artikkel 14 om diskrimineringsvern vil legge begrensninger til lovgiver ved et særlig unntak om trossamfunn. Derfor må dette vurderes ut fra hva EMD tidligere har uttalt. Årsaken til at EMK retten ikke er avklart, er fordi spørsmålet ikke har kommet på spissen i praksis<sup>229</sup>.

Utgangspunktet etter begge artikler er at staten ikke skal vedta lover som kommer i konflikt med de hensyn bestemmelsene ønsker å beskytte. Altså har lovgiver en plikt til å ikke vedta lov som er diskriminerende, samtidig som lovgiver ikke skal vedtak lover i konflikt med trossamfunnenes religionsfrihet. Å oppheve unntaksadgangen i sin helhet for trossamfunn for å sikre kvinner vern mot diskriminering vil derfor skape EMK-rettslige problemer:

”En viss kjerne av autonomi knyttet til religiøse forhold, også når det gjelder forholdet til kvinner og homofile, må legges til grunn etter artikkel 9”.

Hvilken interesse som har det sterkeste vern, må etter utvalgets mening, vurderes i forhold til konkrete omstendigheter i den enkelte tvist<sup>230</sup>.

Utvalget har konkludert med at EMK retten ikke gir svar på lovgivers handlingsrom med hensyn til å oppheve eller innskrenke unntaket i likestillingsloven § 2. Spørsmålet om

---

<sup>227</sup> NOU 2008: 1, s. 23 - 28

<sup>228</sup> NOU 2008: 1, s. 24

<sup>229</sup> NOU 2008: 1, s. 24

<sup>230</sup> NOU 2008: 1, s. 25

rekkevidden av unntaket i likestillingsloven, har utvalget konkludert med at det foreligger et visst slingringsmonn. Begge hensyn må uansett vektlegges i lovgivningsprosessen. Utvalget mener derfor at unntaket i likestillingsloven § 2 ikke kan oppheves i sin helhet<sup>231</sup>.

#### 4.3 Om unntaket kan forankres i det generelle unntaket i likestillingsloven

I likestillingsloven er saklig forskjellsbehandling unntatt fra forbudet mot diskriminering. Utvalget vurderte om unntaket om ”indre forhold” i trossamfunn kunne forankres i denne ulovfestede unntaksregelen, dersom likestillingsloven § 2 skulle oppheves.

Poenget med saklig forskjellsbehandling er at det etter nærmere vilkår ikke omfattes som diskriminering etter lovens ordlyd. Altså hvis den er saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende<sup>232</sup>.

Imidlertid ble ikke denne løsningen valgt fordi unntaket om saklig forskjellsbehandling er ulovfestet. Det vil derfor føre til en uklar rettskildesituasjon hvis unntaket i likestillingsloven § 2 oppheves og innfortolkes i en bestemmelse der det nesten ikke finnes praksis og det er vanskelig å se om trossamfunn i det hele tatt vil omfattes av det ulovfestede unntak<sup>233</sup>.

#### 4.4 Nytt lovforslag

Det konkrete forslaget fra utvalget når det gjelder unntaket i likestillingslovens § 2 første ledd, er at det erstattes med et nytt første og andre ledd. Bestemmelsen etter lovforslaget lyder slik<sup>234</sup>;

”Loven gjelder på alle områder.

---

<sup>231</sup> NOU 2008: 1, s. 27 og 28

<sup>232</sup> NOU 2008: 1, s. 68

<sup>233</sup> NOU 2008: 1, s. 78

<sup>234</sup> NOU 2008: 1, s. 80

Loven gjelder likevel ikke religionsutøvelsen i trossamfunn eller ansettelser i trossamfunn i stillinger knyttet til utøvelsen av bestemte religiøse funksjoner, der kravet om et bestemt kjønn er forholdsmessig og nødvendig ut fra trossamfunnets religiøse lære.”

I kommentarene til lovutkastet presiserer lovutvalget at unntaksadgangen fortsatt er meget snever. Videre er det kun trossamfunnet som kan påberope seg unntaket. Trossamfunn er betinget av religiøs tro, og når denne troen er utformet, og to eller flere slutter seg til den, er det tale om et trossamfunn i lovens forstand. Begrepet religionsutøvelse har fortsatt sentral plass i vurderingen av om virksomheten har nær sammenheng med religionen<sup>235</sup>.

#### 4.4.1 Medfører lovforslaget endring av gjeldende rett?

Utvalget ønsker å videreføre den ”gjeldende unntaksadgang med de innskjerpnings følger av EUs krav om forholdsmessighet”. Det betyr at dersom lovforslaget gjennomføres, må det foretas en forholdsmessighetsvurdering av om forskjellsbehandlingen faller innefor eller utenfor lovens ordlyd. Dette for at unntaksreglen skal dekke gjeldende rett og EU-rettslige krav.

Det klart at formålet med å endre ordlyden i likestillingsloven § 2 er at unntaksadgangen presiseres. Utvalget ønsker at det skal synes av unntaksbestemmelsen at adgang til å forskjellsbehandle er snever. Utvalget ønsker derfor å videreføre gjeldende rett. Dette fremkommer også av de eksempler som blir nevnt når de gjelder den nye unntaksbestemmelsen. Disse eksempler er hentet frem av gjeldende rett og de vil fortsatt være relevante for tolkningen av den nye unntaksbestemmelsen<sup>236</sup>.

Likevel har unntaksbestemmelsen ny ordlyd. Ordlyden vil medføre endringer i form av hva som legges i de ulike begrepene.

---

<sup>235</sup> NOU 2008: 1, s. 81

<sup>236</sup> NOU 2008: 1, s. 80

Forholdsmessighetskravet er nytt i den forstand at dette ikke ble lagt til grunn i forarbeidene til unntaket ”indre forhold i trossamfunn”. På den andre siden følger forholdsmessighetskravet av likestillingsdirektivet som er innlemmet i likestillingsloven. Selv om utvalget uttaler at det nye lovforslaget er en presisering av gjeldende rett, vil vurderingen av unntaket være annerledes dersom forholdsmessighetsvurderingen blir tatt med i betraktningen. Ved en forholdsmessighetsvurdering vil det foreligge nye momenter i tolkningen, som ikke forligger ved den gjeldende unntaksbestemmelsen<sup>237</sup>.

#### 4.4.1.1 Forholdsmessighetsvurderingen etter nytt lovforslag

Ved vurderingen av forholdsmessighetsvurderingen vil momenter fra det ulovfestede saklighetsunntaket i likestillingsloven være sentrale. Samtidig vil det følge de innstramninger som følger etter EUs likestillingsdirektiv<sup>238</sup>.

##### 4.4.1.1.1 Anvendelsesområde

Trossamfunn kan påberope seg saklig forskjellsbehandling på grunn av religionsfriheten, når den er en følge av religiøs tro. Saklighetsunntaket etter likestillingsloven gjelder forskjellsbehandling med hensyn til religiøse ritualer, men også ved ansettelse som har sammenheng med religionsutøvelsen. For å avgjøre, må som nevnt kravene til saklig formål, nødvendighet og forholdsmessighet være oppfylt<sup>239</sup>.

##### 4.4.1.1.2 Saklig formål – religiøst begrunnet

Utvalget legger vekt på at forskjellsbehandlingen er saklig når den har nær sammenheng med religionsutøvelsen, altså praktiseringen av den. Den må være religiøst begrunnet.

---

<sup>237</sup> NOU 2008: 1, s. 80 og 81

<sup>238</sup> NOU 2008: 1, s. 70

<sup>239</sup> NOU 2008: 1, s. 70

Utvalget legger også vekt på at det etter EUs likestillingsdirektiv skal være krav om at kjønn er ”et regulært og avgjørende ervervsmessigkrav”. Det vil si at trossamfunn ikke kan unnlate å ansette en person av andre grunner enn religiøse årsaker.

Utvalget nevner særlig problemstillingen om menigheter som ikke er enige om hva tolkningen av den religiøse tro tilsier. Utvalget viser til eksempler i de muslimske menigheter der religionen tolkes av forskjellige lærde. Utvalget mener at dette ikke bør ha en avgjørende betydning i forhold til vurdering av forskjellsbehandlingen. Det sentrale er om det aktuelle trossamfunn har forskjellsbehandlet ut fra saklige formål<sup>240</sup>.

#### 4.4.1.1.3 Nødvendig

Forskjellsbehandlingen må videre være nødvendig for religionsutøvelsen:

”Forskjellsbehandlingen skal ikke være vilkårlig, men bygge på et regulært/vesentlig og avgjørende krav som følger av religionen.”

Ordlyden er fra EUs likestillingsdirektiv. Videre presiserer utvalget problematikken ved å overprøve trossamfunnets nødvendighet til å forskjellsbehandle og legger til grunn at det er flere momenter som trekker i en retning av at trossamfunnets egen vurdering av nødvendighet må legges til grunn ved bruk av unntaksbestemmelsen<sup>241</sup>.

#### 4.4.1.1.4 Forholdsmessig

Forholdsmessighetskravet innebærer at forskjellsbehandlingen ikke må være uforholdsmessig inngripende for den som forskjellsbehandles. Dette er også et krav etter EUs likestillingsdirektiv. Som eksempel nevner utvalget at forskjellsbehandling knyttet til ansettelse, som er tilknyttet goder og rettigheter, vil være snevrere enn adgangen til å forskjellsbehandle med hensyn til ritualer under gudstjenester.

”I vurderingen må betydningen av trossamfunnets religionsfrihet veies opp mot hensynet til den forskjellsbehandlingen går ut over”.

---

<sup>240</sup> NOU 2008: 1, s. 71

<sup>241</sup> NOU 2008: 1, s. 71 og 72

Forholdsmessighetskravet betyr også at trossamfunn må velge en annen og mindre inngripende løsning dersom dette er mulig<sup>242</sup>.

#### 4.4.1.2 Konklusjon

Slik som det vises av redegjørelsen fra utvalget, bruker utvalget de samme begrep og eksempler som følger av gjeldende rett. Imidlertid er strukturen på hvordan bestemmelsen skal tolkes endret seg og ikke minst ordlyden av bestemmelsen. Ved en forholdsmessighetsvurdering deles vurderingen opp i de momenter som er viktige for å avgjøre om forskjellsbehandling har funnet sted eller ikke. Unntaket medfører derfor en endring av gjeldende rett.

---

<sup>242</sup> NOU 2008: 1, s. 72



## **5 Vurderingsdel – en sammenligning av gjeldende rett og nytt lovforslag**

### **5.1 Unntaket i likestillingsloven § 2 etter gjeldende rett**

#### **5.1.1 Uavklarte problemstillinger**

Slik unntaksbestemmelsen er utformet i gjeldende rett, mener jeg at det medfører en rekke uavklarte problemstillinger.

En av disse problemstillingene er at likestillingsloven § 2 ikke gir en pekepinn på hvordan bestemmelsen skal tolkes. Under punkt 3.2.3.3 blir det resonnert frem til at unntaket skal tolkes innskrenkende. Hensynet bak denne tolkningen er diskrimineringsvernet. Samtidig kan begrepet ”trossamfunn” tolkes utvidende. Det følger av redegjørelsen i punkt 1.3.4 om at organisasjoner som egentlig ikke er trossamfunn i lovens forstand kan falle under unntaket i likestillingsloven § 2. Kriteriet for det er at organisasjonene har basert sin etikk på en utvalgt religion eller tro. Hensynet bak denne tolkningen er religionsfriheten<sup>243</sup>. Dersom begrepet ”trossamfunn” kan tolkes til å inkludere organisasjoner med egen trosretning, vil det i realiteten føre til at unntakets virkeområde utvides. Det vil igjen ha en negativ konsekvens overfor det likestillingsloven i utgangspunktet ønsker å beskytte.

Noe annet som er spesielt er hvordan man definerer religiøs begrunnelse. Ombudet har tolket bestemmelsen dit hen at trossamfunnet selv kan definere hva som vil falle innenfor begrepet religiøs begrunnelse, så lenge den er begrunnet i fortolkninger av troen<sup>244</sup>. Det

---

<sup>243</sup> NOU 2008: 1, s. 38

<sup>244</sup> Ombudets brev til diverse trossamfunn 24.juni 2003

gjelder imidlertid ikke dersom trossamfunnet uttrykkelig har tatt et annet standpunkt tidligere, eller dersom trossamfunnet for eksempel har bestemt at likestilling skal gjelde fullt ut for hele trossamfunnets virksomhet inkludert den religiøse<sup>245</sup>. Problemet i denne sammenheng er at et trossamfunn, slik som Den norske kirke som tar avstand fra forskjellsbehandling av kvinner, kan ha lokale menigheter som har et annet syn. Her vil unntaksbestemmelsen likevel komme til anvendelse<sup>246</sup>. Dette gjør unntaksbestemmelsen inkonsekvent. Dersom det skal tas høyde for at lokale menigheter skal ha ulike synspunkter fra den sentrale menigheten, kan unntaksbestemmelsen bli vanskelig å håndheve.

Dette er noe som også følger av høringsbrevet fra Ombudet til NOU 2008:1. Ombudet fremhever problemstillinger som de mener utvalget bak NOU 2008:1 bør drøfte nærmere. Særlig peker Ombudet på at det ikke kreves enighet innad i trossamfunnet om hva som vil falle innenfor den religiøse læren. De bemerker blant annet at:

”Det kan være en kompliserende faktor at slike lære- og trosspørsmål kan variere så vidt mye innenfor det samme trossamfunnet. Det er lite forutsigbart for dem som eventuelt rammes av en forskjellsbehandling og kan så tvil om det faktisk er et religiøst lærespørsmål”<sup>247</sup>.

Ombudet nevner særlig Den norske kirke som et argument for at unntaket bør endres. Jeg mener at det er større ”fare” for at trossamfunn som ikke er like synlige i samfunnet har større uforutsigbarhet i sine avgjørelser. For det første fordi disse trossamfunn er vanskelig å overvåke. For det andre fordi de kan ha større behov for å forskjellsbehandle kvinner og menn på grunn av årsaker som er mer knyttet til tradisjon og kultur enn religionen selv.

Det er klart at det er behov for en avklaring på hvor grensene for religiøs begrunnelse går. Av de rettskilder som foreligger blir ikke problemstillingene avklart.

---

<sup>245</sup> Les mer om dette i punkt 3.2.3.1

<sup>246</sup> Les mer om dette i punkt 3.2.3.1

<sup>247</sup> Høringsbrev – NOU 2008:1, av dato 16.05.2008

### 5.1.2 Hvorfor er bestemmelsen uklar?

Mye av årsaken til at bestemmelsen er uklar er at det ikke eksisterer relevant rettspraksis når det gjelder likestillingsloven § 2. Ombudet har heller ikke mottatt konkrete klagesaker på unntaket i § 2. At det ikke foreligger sammenlignbar praksis på dette området har konsekvenser for den konkrete forståelsen av bestemmelsen. Det er derfor vanskelig å se hvor grensene for hva som faller innenfor indre forhold i trossamfunnet og hva som faller utenfor. Forarbeider, teori og uttalelser fra Ombudet setter riktig nok rammer på hvordan lovverket skal forstås i utgangspunktet. Men forarbeidene sier også at unntaket beror ”i noen utstrekning på et skjønn”<sup>248</sup>. Som nevnt vil konkrete klager til Ombudet også være av stor relevans på diskrimineringsfeltet, som vil være den ”nærmeste” til å håndheve diskrimineringslovgivningen.

### 5.2 Vil det nye unntaket i likestillingsloven § 2 oppklare problemstillingene?

Utvalget har resonnert seg frem til at det fortsatt skal være et lovfestet unntak i likestillingsloven for trossamfunn, men med endret ordlyd. Utvalget mener at lovteksten er knapp og at den ikke gir ”dekkende veiledning om unntakets rekkevidde.” Utvalget er dessuten enige i at ordlyden i likestillingsloven ofte oppfattes videre enn det den egentlig er<sup>249</sup>, i likhet med uttaleser fra Ombudet. Unntaksbestemmelsen blir misforstått til å gjelde hele trossamfunnets virksomhet.

Målsetningen er derfor at lovteksten i seg selv skal si mer om unntaksbestemmelsen enn tidligere. Slik som vist til under kapitlet om NOU 2008:1 ønsker utvalget at det nye unntaket skal ha samme rekkevidde som det ulovfestede saklighetskravet. Drøftelsene som følger av saklighetskravet i forholdsmessighetsvurderingen vil sette tydeligere grenser for hva som anses å falle innenfor og utenfor unntaket. Viktig er også signaleffekten av at unntaksbestemmelsen er endret. Når det legges mer vekt på det religiøse aspektet, vil

---

<sup>248</sup> Ot.prp.nr.33(1974-1975) s. 24

<sup>249</sup> NOU 2008: 1 s. 78

bestemmelsen gi inntrykk trossamfunn kun kan forskjellsbehandle dersom det er begrunnet i religionen.

Min vurdering er derfor at lovforslaget etter NOU 2008: 1 konkretiserer unntaksadgangen. Dette spesielt ved forholdsmessighetsvurderingen. Denne vil sette rammer og krav for tolkningen av likestillingsloven § 2. Forholdsmessighetsvurderingen følger dessuten av både internasjonal rett og EUs likestillingsdirektiv som er forankret i likestillingsloven. Lovforslaget fører derfor til en mer konsekvent unntaksadgang fra forskjellsbehandlingen.

### 5.3 Diskrimineringsvern vs. religionsfriheten

NOU 2008:1 forklarer innledningsvis at

”Verken rett til religionsfrihet, likebehandling eller privatrett er absolutte. De preges heller av å være føringer på de avveininger som må foretas enn entydige krav til hvordan samfunnsspørsmål skal løses.”<sup>250</sup> Helt konkret er det ikke avklart hvordan religionsfriheten og diskrimineringsvernet skal avveies mot hverandre<sup>251</sup>. Dette følger av redegjørelsen til utvalget og avhandlingen ellers. Det er klart at problemet ikke er avklart, verken på nasjonalt eller internasjonalt plan.

Diskrimineringsvernet er ikke absolutt, dette følger blant annet av unntaket i likestillingsloven § 2 og konvensjonsbestemmelsene. Religionsfriheten er heller ikke absolutt. Det følger av Grunnlovens § 2 første ledd og de relevante bestemmelsene fra EMK og SP. Begge hensyn kan derfor begrenses dersom et annet hensyn tilsier at dette er nødvendig. Av gjeldende rett, enten på nasjonalt eller internasjonalt plan, er det klart at ved begrensning av hensynene, må det foretas en konkret forholdsmessighetsvurdering. Det må derfor vurderes om det er saklig, nødvendig og forholdsmessig om et annet hensyn skal begrense vernet.

---

<sup>250</sup> NOU 2008: 1, s. 18

<sup>251</sup> NOU 2008: 1, s. 20

Et annet element ved denne vurderingen er at styringsretten blir begrenset av lovgivning og regelverk på arbeidsrettens område. Derfor vil alle ledd av denne avhandlingen sette begrensninger på styringsretten til en arbeidsgiver. Dette gjelder særlig diskrimineringsvernet. I denne avhandlingen er trossamfunnet, eller aktører innenfor trossamfunnet, karakterisert som arbeidsgiver. Trossamfunnet er derfor begrenset av diskrimineringsvernet i de avgjørelser det kan ta. Det vil si at trossamfunn som arbeidsgiver, må ta særlig hensyn til diskrimineringsvernet i sine avgjørelser.

Jeg mener på dette grunnlag at det er ”plass” til begge hensyn i en og samme bestemmelse, dersom det er adgang til å forholdsmessighetsvurdere om begrensningen i det ene eller andre hensynet er ”nødvendig”. Begge hensyn kan derfor bli tillagt vekt ved en vurdering av om kvinner skal forskjellsbehandles i forhold til ansettelse i et trossamfunn. Hvilket hensyn som blir det avgjørende, må avgjøres i forhold til en konkret konflikt. Hvilket hensyn som ”trekker det lengste strået” vil derfor være avhengig av en forholdsmessighetsvurdering som legger vekt på de momenter nevnt i denne avhandlingen.

I min vurdering legger jeg vekt på at trossamfunnene bør ha adgang til å praktisere sin religion. Dersom kvinner forskjellsbehandles av et trossamfunn ved ansettelse, bør dette være på grunn av religionen og tolkningen av denne. Ved handlinger og aktiviteter utenfor trossamfunnets religiøse tro, bør kjønnsdiskriminering ikke være tillatt. Det skal hele tiden være et spørsmål om forskjellsbehandlingen, eller avskjæringen i religionsfriheten er ”nødvendig”.

## 6 Litteraturliste

### 6.1 Bøker

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4.utg. Oslo, 2006

Hotvedt, Marianne Jenum *Arbeidsrett.no* kapittel 13. 1.utg. Oslo, 2005

Jakhelln, Henning *Arbeidsrett.no* kapittel 1. 1.utg. Oslo, 2005

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* 5.utg. ved Helgesen, Jan E. Oslo, 2001

### 6.2 Lovgivning

#### 6.2.1 Norske lover

1814 Grunnloven av 17.mai 1814

1969 Lov om trdomssamfunn og ymist anna (trossamfunnsloven) av 13.juni 1969 nr 25

1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9.juni 1978 nr 45

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 17.nov 1992 nr 109

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr 30

2005 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 3.juni 2005 nr 33

2005 Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) av 10.juni 2005 nr 40

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.(arbeidsmiljøloven) av 17.juni 2005 nr 62

### 6.2.2 Konvensjoner og direktiv

FNs menneskerettigheter	FNs erklæring om menneskerettigheter, 1948
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 1950
FNs kvinnekonvensjon	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 1979
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter
EUs likestillingsdirektiv	76/207/EØF

### 6.3 Dommer

Rt 2001 s.418 – styringsrett

### 6.4 Forarbeider

NOU 1993: 18	Lovgivning om menneskerettigheter
NOU 2006: 2	Staten og Den norske kirke
NOU 2008: 1	Kvinner og homofile i trossamfunn
Ot.prp.nr.3 (1998-1999)	Om lov om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Ot.prp.nr.33 (1974-1975)	Lov om likestilling mellom kjønnene
Ot.prp.nr.70 (1974-1975)	Lov om likestilling mellom kjønnene
Ot.prp.nr.77 (2000-2001)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv.
Ot.prp.nr.34 (2004-2005)	Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda
Ot.prp.nr.35 (2004-2005)	Om lov om endringer i likestillingsloven mv.
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Innst.O.nr.55 (1977-1978)	Innstilling fra den forsterkede sosialkomité om lov om likestilling mellom kjønnene

Innst.S.nr.9 (2000-2001)      Innstilling fra kommunalkomiteen om forslag fra stortingsrepresentant Carl I. Hagen om nytt prinsipp for integrering av innvandrere samt lovregler slik at det ikke gis adgang til å fremføre bønnerop gjennom høytalere fra moskeer

## 6.5 Nettdokument

- Kommentar til trossamfunnsloven. Norsk Lovkommentar (online), til § 1 [sitert 15.sept 2008]
- Kirkøen. Diskrimineringsombudsloven. Norsk Lovkommentar (online) [sitert 20.sept 2008]
- Kommentar til likestillingsloven. Norsk Lovkommentar (online) [sitert 20.sept 2008]
- Statistisk Sentralbyrå/SSB. *Trossamfunn*. <http://www.ssb.no/trossamf/> [sitert 01.okt 2008]
- Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Om ombudet*. [www.ldo.no](http://www.ldo.no) [sitert 28.okt 2008]
- FN-sambandet. *Fakta om FN*. [http://www.fn.no/fakta\\_om\\_fn](http://www.fn.no/fakta_om_fn) [sitert 28.okt 2008]
- Regjeringen.no. *Det europeiske menneskerettighetssystem*. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/menneskerettigheter.html?id=1160> [sitert 28.okt 2008]
- Mykland, Liv. *Om kilder til dissidentenes lokalhistorie*. <http://digitalarkivet.uib.no/sab/dissenter.htm> [sitert 30.aug 2008]
- Rapport fra FNs kvinnekomité (A/50/38) <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports.htm> [05.nov 2008]

## 6.6 Rundskriv

Rundskriv G-200/88 Delegasjon til fylkesmennene: Statstilskudd til uregistrerte trossamfunn og livssynssamfunn



## 6.7 Forvaltningspraksis

Ombudets saker:

Sak 2002/101

Sak 2005/72

Sak 2005/152

Sak 2005/388

Sak 2006/1107

Ombudets veiledningssaker:

Ombudets brev til diverse trossamfunn 24.juni 2003

Ombudets brev til Pinsemenigheten Betel Trondheim 24.juni 2003

Ombudets brev til kirkelige organisasjoner 22.november 2002

Ombudets brev til Filadelfia Vennesla 24.juni 2003

Annet:

Ombudets høringsuttalelse NOU 2008:1 Kvinner og homofile i trossamfunn, av 16.05.2008

Rapport fra Ombudet:

PRAKSIS 2007 [www.ldo.no](http://www.ldo.no)

